RAFAEL ROQUE GAROFANO

A CONSENSUALIDADE NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Do regime estatutário para a parceria contratual

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Titular Floriano de Azevedo Marques Neto

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO/SP

2014

RAFAEL ROQUE GAROFANO

A CONSENSUALIDADE NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Do regime estatutário para a parceria contratual

Dissertação de Mestrado apresentada no programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração Direito do Estado, Subárea Direito Administrativo, sob a orientação do Professor Titular Floriano de Azevedo Marques Neto.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO/SP

2014

Nome: GAROFANO, Rafael Roque

Título: A CONSENSUALIDADE NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: DO REGIME
ESTATUTÁRIO PARA A PARCERIA CONTRATUAL

Dissertação de Mestrado apresentada no programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo, na área de concentração Direito do Estado, Subárea Direito
Administrativo, sob a orientação do Professor Titular Floriano de Azevedo Marques Neto

Aprovado em: ____/____/____

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Floriano de Azevedo Marques Neto. Instituição: Universidade de São Paulo

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

DEDICATÓRIA

*À Deus, fonte diária de energia e certeza
do amanhã sempre melhor, por ter
colocado em meu caminho pessoas muito
especiais.*

À Daniela, por todo o amor.

E à Letícia, simplesmente por existir!

AGRADECIMENTOS

À minha família, agradeço profundamente a compreensão pelas ausências e as palavras de força dedicadas sempre quando o nosso semblante ensaia esmorecer. Sou devedor, reconheço, de cada minuto em que lhes neguei companhia, com o pesar de saber que os minutos resignados jamais poderão ser recuperados. De alento resta saber que outros minutos virão, tão melhores quanto os que deixamos de vivenciar em conjunto.

Aos meus pais, Alice e Marco Antonio, tento retribuir a cada minuto todo esforço, coragem e amor dedicados com abnegação durante essa longa jornada. Vocês fazem parte de tudo. Ensinarão-me tudo. Dedicaram-se por inteiro. Tenho a consciência de que nunca conseguirei retribuir à medida, mas saibam: tudo valeu a pena! Sou imensamente agradecido, inclusive, pelos momentos mais difíceis, a partir dos quais pude compreender o verdadeiro sentido da palavra amor. É ação, suor, entrega, luta. É ao mesmo tempo recusa, sacrifício, dor. O resultado de tudo é um forte sentimento, experimentado com profundidade somente por aqueles que vivenciaram tudo, juntos, apoiando-se um nos outros para conseguir prosseguir.

À amada Daniela: por mais que tentasse não conseguiria agradecê-la. Você é parte de mim, parte de tudo, razão pela qual faço tudo. Aprendo a cada dia ao seu lado o verdadeiro sentido da vida. Agradeço por fazer dos nossos dias, minuto a minuto, momentos repletos de alegria, respeito, carinho e [muito] amor. Isso tudo traduz a felicidade que é viver ao seu lado. Agradeço, especialmente, pela escuta paciente e pelos conselhos que me fizeram refletir sobre os rumos a seguir, guiando-me sempre na direção certa. Obrigado pelo extremo companheirismo e ajuda no amadurecimento das reflexões feitas ao longo deste trabalho, e principalmente por ter-me apresentado, no curso de sua elaboração, com a melhor fonte de inspiração que eu poderia receber!

Doce Letícia: quando em breve puder compreender este emaranhado de letrinhas, saiba que você é parte deste trabalho muito mais do que possa imaginar. A dedicação e o esforço foram multiplicados de maneira surpreendentemente prazerosa depois de sua chegada. Das madrugadas em claro, com você bem pertinho, e dos sorrisos ternurosos e puros, emergiram claras as reflexões sobre as questões mais agudas, as quais certamente não daria conta, sozinho, de resolver. Tudo ficou mais fácil e passou a fazer muito mais sentido, porque a vida agora é completa com você!

À minha irmã, Renata, agradeço pelo sentimento verdadeiro que nos une cada dia mais. É difícil encontrar palavras para traduzir esse sentimento. É um misto de amor fraterno e grande admiração, que só sentimos por pessoas especiais. Sempre à frente, orientou, cuidou, ensinou e repreendeu. Mesmo às vezes sem saber, serviu de exemplo, inspirou e instigou em mim o desejo de alcançar os objetivos mais improváveis. Obrigado por despertar em mim essa força, e obrigado por estar sempre tão perto, mesmo quando longe!

Agradeço, em especial, ao professor Floriano de Azevedo Marques Neto. Não só pela dedicação, paciência e tempo aplicados à orientação, leitura e revisão deste trabalho, sem os quais ele certamente não existiria. A sua contribuição desborda em muito os limites desta Dissertação. Está em cada palavra, cada questionamento, cada ensinamento, muitos dos quais só nos damos conta de sua importância tempos mais tarde, quando depois de muito estudo e reflexão somos surpreendidos com a dimensão e profundidade do conhecimento transmitido. Obrigado por incitar em nós o espírito transformador que, não raro, perdemos quando deixamos os bancos universitários, e por nos ensinar um Direito Administrativo livre, desprendido de preconceitos e dogmatismos involutivos que teimam em ignorar a diversidade, a complexidade e a dinamicidade do mundo em que vivemos. Obrigado, enfim, por fazer-nos enxergar além, sem temer o novo.

Ao professor Marcos Perez, cujos ensinamentos foram valiosíssimos para o desenvolvimento da Dissertação, agradeço especialmente pelo apoio, confiança e compreensão nos momentos mais cruciais. Horas e horas de pesquisa e estudo foram poupadas após curtos diálogos, de onde foi possível absorver ao menos uma pequena parcela da experiência e da maturidade que, embora necessárias, ainda nos faltam. Igualmente, aos professores Fernando Dias Menezes de Almeida e Juliana Bonacorsi de Palma agradeço pela orientação prestada indiretamente por meio de suas obras. Muitas das reflexões e conclusões obtidas ao longo da Dissertação são tributárias da incansável pesquisa empreendida com invejável rigor científico pelos autores, só encontrável naqueles que se entregam por inteiro à nobre atividade de ensinar.

Agradeço, por fim, a todos aqueles que de algum modo simplesmente ensinaram-me, sem esperar algo em troca. Aos amigos da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, com quem aprendi a questionar o que parece óbvio: Luiz Antonio Alves Prado Junior, Paulo Trani Mello, José Nicola Lopes, Marcio Henrique Badra, Mário Ronqui Pinheiro e Marcelo Tralli. Aos amigos da OAS, com quem aprendi as primeiras lições: Luiz Felipe Graziano, Zuleika Hajli, Ana Bárbara Costa Teixeira, Adriano Ribeiro, Lucas Argolo, Rodrigo Simões, Allan Sato, Bruno Ferreira, Guilherme Teixeira, Eduardo Souza e Guilherme Luna. Aos profissionais que serviram de exemplo: Giuseppe Giamundo, Philippe Ambrosio, Pedro Paulo Porto Filho, Valéria Hadlich, Noil Sampaio, Juliano Barbosa de Araújo, Kleber Zanchim e Eurico Souza Leite. Aos amigos do escritório Manesco, de modo geral, com os quais aprendo e me renovo a cada dia. Em especial, aos advogados Tatiana Cymbalista, pela oportunidade e confiança, Wladimir Ribeiro, pelos conselhos sempre muito pertinentes e ajuda bibliográfica, e Daniel Stein, pela paciência em dividir as ideias (e o espaço). Por fim, aos amigos do Largo São Francisco, cuja troca de experiências foi vital para o amadurecimento das reflexões: Bruno Pinto, Carlos Eduardo Bergamini Cunha, Livia Wanderley de Barros Maia Vieira, Maís Moreno, Mariana Chiesa, Marina Zago, Murilo Ferro, Rafael Issa e Rafael Wallbach Schwind. A todos, indistintamente, os meus sinceros agradecimentos!

RESUMO

A Dissertação tem por objetivo demonstrar de que forma as transformações assistidas no modo de agir da Administração nos tempos recentes – menos impositiva e mais consensual – afeta a formulação clássica da teoria dos contratos administrativos. A crescente incompatibilidade do regime jurídico administrativo com muitas das figuras contratuais que afloram no mundo contemporâneo fazem ressoar um movimento de esvaecimento da figura do contrato administrativo típico na atualidade, com a sua recorrente substituição por formas contratualizadas desprovidas de manifestação de autoridade estatal. Assiste-se, assim, à criação de inovadoras formas de relacionamento contratual entre a Administração e os particulares, que evidenciam a tentativa de superação dos modelos contratuais tradicionais para outros mais adequados às exigências de eficiência, capazes de aproximar os particulares no desempenho das tarefas públicas em busca da satisfação das necessidades coletivas. A progressiva utilização do Direito privado pela Administração, por exemplo, revela-se como um recorrente mecanismo de distanciamento do regime jurídico tipicamente estatal – devido, especialmente, à sua aparente incompatibilidade com os fins perseguidos pelo Estado em determinadas situações –, o que leva parte da doutrina a reagir no sentido de reconhecer a impossibilidade do afastamento do regime rígido de direito público (estatutário) para estas espécies de contratos celebrados pela Administração. Repercute-se, assim, a ideia da unicidade do regime jurídico aplicável a todas as espécies de contratos da Administração. Por outro lado, a crescente demanda pela aproximação e por parcerias entre o Estado e a iniciativa privada, somada à ampliação da cooperação interfederativa, evidenciam a necessidade premente de se encontrar o equilíbrio entre a incidência absoluta das regras inflexíveis do regime estatutário e os prejuízos advindos de eventual “publicização” excessiva. A ausência de uma teoria capaz de promover uma conjugação entre Direito público e Direito privado em matéria de contratos da Administração tem sido a causa de inúmeras controvérsias a respeito do grau de afastamento e do grau de sujeição da atividade administrativa contratual ao regime estatutário próprio da teoria do contrato administrativo. Por essa razão, afigura-se de primordial importância o estudo voltado a identificar as contribuições que o novo modo contratualizado do agir administrativo, nos diversos campos de atuação estatal, pode trazer para a teoria dos contratos administrativos na perspectiva hodierna da Administração-consensual. **Palavras-chave:** contratos administrativos, consensualidade, contratualidade, prerrogativas públicas.

ABSTRACT

The Dissertation is intended to showcase how the recent developments in the Governmental Administration – now less authoritative and more consensual – have impacted the classic elaboration of the administrative contract theory. The increasing incompatibility of the administrative legal regime with many of the contractual figures arising in nowadays' world has reflected the decline of the typical administrative figure upon its recurrent replacement with contractualized forms that lack the state authority's manifestation. Accordingly one has witnessed the emergence of innovative forms of contractual relations between the Governmental Administration and private parties, thereby evidencing the attempt of overreaching traditional contractual models toward others as fitter ones to meet efficiency requirements, capable of bringing private parties together concerning the performance of public duties and targeted at addressing collective needs. The growing application of the private law by the Governmental Administration, for instance, has demonstrated to be a recurrent mechanism of divorcement from the typically state legal regime – particularly due to the apparent incompatibility with the goals pursued by the State under certain circumstances –, thus causing some jurists to respond by acknowledging the impossibility of ruling out the strict regime of the public (statutory) law for these types of contracts as entered into by the Government. It also reflects the concept of unity of the legal regime applicable to all kinds of governmental contracts. On the other hand, the growing demand for approaching measures and partnerships between the State and the private enterprise, in addition to the enhancement of the interfederative cooperation, reveals the fundamental need to attain the balance between the absolute applicability of the inflexible rules of the statutory regime and the losses resulting from potential excessive “publicization”. The absence of a theory capable of fostering the balance between the public law and the private law concerning Governmental contracts has given rise to numberless controversies concerning the degree of divorcement and how deeply contractual administrative activities are subject to the distinct statutory regime of the administrative contract theory. Therefore, it's highly important to rely on a study designed to identify the contributions the new contractualized way of the administrative conduct, in the several fields of the state operations, can produce to the theory of administrative contracts from a hodiern perspective of the consensual Governmental Administration. **Keywords:** administrative contracts, consensuality, contractuality, public prerogatives.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I – A CONSTRUÇÃO DA TEORIA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO....	20
1.1. A origem da moderna concepção de contrato	21
1.2. O Direito Administrativo e a aversão inicial ao contrato	26
1.3. A origem do Contrato Administrativo na França	35
1.4. Critérios para identificação da natureza “administrativa” do contrato	42
1.5. O regime jurídico do contrato administrativo	50
1.6. A teoria do contrato administrativo no Direito Brasileiro	57
1.7. O papel do Consenso na teoria do contrato administrativo	69
CAPÍTULO II – A TEORIA DESAFIADA	79
2.1. Novos paradigmas do Direito Administrativo contemporâneo.....	79
2.1.1. Crise da legalidade estrita.....	80
2.1.2. Perda da exclusividade estatal na tutela do interesse público.....	86
2.1.3. A expansão da Democracia participativa	90
2.2. A emergência da consensualidade na atividade administrativa	97
2.3. A contratualização da ação administrativa e o sentido de “contratualidade”	111
CAPÍTULO III – MANIFESTAÇÕES DA CONTRATUALIDADE NOS DIVERSOS CAMPOS DE ATUAÇÃO ESTATAL.....	120
3.1. Contratualidade na prestação de serviços e utilidades públicos.....	120
3.1.1. Contratos de Concessão.....	127
3.1.2. Parcerias Público-Privadas	136
3.1.3. Contratos de Gestão com Organizações Sociais.....	144
3.1.4. Outras modalidades de delegação.....	148
3.2. Contratualidade na cooperação federativa	150
3.3. Contratualidade na desburocratização e na busca pela eficiência administrativa	154
3.4. Contratualidade na função de fomento	157
3.4.1. Convênios Administrativos	158
3.4.2. Termos de Parceria com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público	166
3.4.3. Outras modalidades contratuais na função de fomento	169

3.5. Contratualidade na exploração de atividade econômica pelo Estado	172
3.5.1. Consórcios empresariais e <i>Joint Ventures</i>	174
3.5.2. O poder público como sócio minoritário	178
3.6. Contratualidade na execução indireta de obras e serviços de engenharia.....	181
3.7. Contratualidade em funções de típica autoridade estatal (o contrato como alternativa ao ato administrativo unilateral)	185
3.7.1. Breve relato da experiência estrangeira	186
3.7.2. O contrato como alternativa ao ato unilateral no Brasil	190
3.8. Contratualidade na resolução de litígios	218
CAPÍTULO IV – IMPACTOS DA ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL NA TEORIA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	221
4.1. O aumento da complexidade ante o reconhecimento da multiplicidade de contratos	221
4.1.1. O caso dos contratos substitutivos ou integrativos de atos unilaterais	227
4.2. A insuficiência do regime estatutário.....	236
4.3. Tendência à relativização do regime de exorbitância	242
4.4. O esvaecimento da dualidade contrato administrativo X contrato privado da Administração	249
4.5. Necessidade de reformulação da teoria geral dos contratos administrativos	260
CAPÍTULO V – DELINEAMENTOS DE UMA NOVA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NO PANORAMA DA ADMINISTRAÇÃO-CONSENSUAL	267
5.1. O reconhecimento da ampla capacidade contratual da Administração.....	269
5.2. Das prerrogativas implícitas para o regime de modulação legal ou convencional	287
5.3. Discricionariedade administrativa X autonomia pública contratual	305
5.4. Limites à autonomia pública contratual: o mínimo de vínculo com o Direito público.....	317
5.4.1. Vínculo com a legalidade	317
5.4.2. Vínculo com a finalidade de interesse público	319
5.4.3. Vínculo com regras e formalidades de contratação	321
5.4.4. Procedimentalização das etapas da contratação	322
5.4.5. O controle pelos órgãos legitimados.....	331
5.5. Ainda existem os chamados contratos administrativos?	334
SÍNTESE CONCLUSIVA.....	347
BIBLIOGRAFIA.....	359

INTRODUÇÃO

A complexidade de temas atinentes ao Direito Administrativo parece ter alcançado o seu ápice no início desse novo século. As incertezas multiplicam-se na exata proporção com que a sociedade evolui e se transforma, não causando surpresa a necessidade – cada vez mais constante – de revisitação de conceitos já consagrados no estudo da relação entre Estado e Sociedade. O progressivo encurtamento da distância entre o público e o privado revela a existência de uma crise¹ nesse ramo do Direito – recusada por muitos sob a afirmação da imutabilidade da essência dos institutos que lhes são afetos² –, mas que atualmente se manifesta através de um movimento de transição de paradigmas³ tidos como verdadeiros dogmas, seguido da desmistificação de alguns de seus mais tradicionais institutos⁴.

O debate teórico intensifica-se, em grande medida, a partir do movimento de retraimento da publicização de vários setores econômicos, inclusive o de serviços públicos, que resultou em um progressivo processo de desestatização, privatização e parcerias com o setor privado, com a atuação do Poder Público em searas antes reservadas aos particulares e, por outro lado, com a investidura de particulares em atividades tipicamente públicas (por meio de

¹ O termo “crise” aqui não necessariamente carrega o significado negativo de algo que está a sucumbir em ruínas. O sentido que se pretende emprestar ao termo é muito menos catastrófico, e procura denotar apenas o retrato de um ramo do Direito que atravessa uma fase de provação da atualidade de seus preceitos fundadores. Crise, aqui, portanto, deve ser entendida no sentido de “revisitação de conceitos consagrados”, vistos agora com os olhos do mundo contemporâneo, cujas transformações talvez possam servir para provocar a sua reformulação ou, eventualmente, até mesmo reafirmar a sua atualidade.

² Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

³ Tomamos emprestada aqui a expressão de Boaventura de SOUSA SANTOS ao referir-se à *transição paradigmática* entre o moderno e o pós-moderno, em vista da qual o autor propõe uma ampla revisão na teoria jurídica e na teoria do Estado, a partir da: 1- crítica do monopólio estatal do direito; 2 – reelaboração teórica da diferenciação interna do próprio direito estatal; 3 – descanonização do direito estatal e a socialização dos direitos dos cidadãos e das comunidades; 4 – fim do fetichismo jurídico; 5 – crítica ao conceito de territorialidade enquanto unidade básica do Estado e do direito. Para mais, ver SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2000, p. 277-278; SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. São Paulo: Cortez Editora, 2000; e SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade**, 3. ed. São Paulo: Cortez, 1997, p. 103.

⁴ A exemplo do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular; da indisponibilidade do interesse público; da imperatividade e autoexecutoriedade dos atos administrativos; das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos; e do próprio conceito de serviço público, entre outros institutos relevantes. Ver: ARAGÃO, Alexandre Santos de; e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

organizações não governamentais, instituições sociais privadas etc)⁵. O constante deslocamento das funções estatais para o ambiente privado⁶, somado à crescente constitucionalização de direitos fundamentais, resulta não apenas na necessidade de reformulação de institutos cristalizados na essência das mais difundidas teorias administrativistas modernas⁷, como também colocam em dúvida a própria especialidade e autonomia desse ramo do Direito em relação ao Direito comum⁸.

Um dos campos em que tal questionamento se coloca com mais relevo corresponde, precisamente, ao tema sobre o qual se debruçará a presente Dissertação: a emergência da consensualidade administrativa e as contribuições que a nova forma de atuar da Administração – mais consensual e participativa, menos impositiva e unilateral – traz para a teoria do contrato administrativo na atualidade. Isto porque, diferentemente de seu conceito anterior, o Direito Administrativo da pós-modernidade apresenta-se agora um Direito mais dos cidadãos do que do Estado, privilegiador da proteção e da prestação em favor do indivíduo e da sociedade. Esta nova concepção afasta-o da imperatividade e do uso da autoridade, para tornar-se cada vez mais um “*direito da consensualidade*”⁹. A nova face da atuação administrativa – agora mais próxima dos cidadãos – já não admite a adoção uma Administração Pública baseada puramente no poder extroverso e no unilateralismo¹⁰.

⁵ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 138/142.

⁶ A partir da segunda metade do século XX, o desempenho das funções administrativas pelo Estado centralizado e monopolista passou a sofrer um elevado e progressivo colapso. A dificuldade enfrentada pelo Estado em prover os bens e serviços necessários ao pleno atendimento dos anseios sociais tem origem no grave ciclo de endividamento estatal, incorrido justamente no intuito de financiar os programas sociais e garantir o fornecimento das condições mínimas de saúde, educação, moradia, segurança etc... Com isso, desprovido de recursos financeiros e de estrutura administrativa adequada, o Poder Público deixa de ser eficiente nas atividades realizadas em contexto de concorrência e livre iniciativa, acarretando um consequente descontentamento e insatisfação da sociedade.

⁷ Encontram repercussão no estudo do Direito Administrativo da atualidade doutrinas que procuram questionar a incidência do chamado regime jurídico administrativo (ou regime especial de direito público), amplamente reconhecido e aceito na doutrina nacional – por influência sobretudo do direito francês – como imanente ao exercício das prerrogativas do Poder Público em prol da proteção da liberdade dos cidadãos e do bem comum (interesse público). Ver, nesse sentido, os autores citados no tópico 2.1. da presente Dissertação.

⁸ ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o direito privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública**. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2009, p. 92 e 140.

⁹ Na expressão utilizada por Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO. **O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 571-592.

¹⁰ Neste contexto, Floriano de Azevedo MARQUES NETO e Tatiana Matiello CYMBALISTA destacam: “(...) a afirmação da autoridade administrativa encontra-se hoje em um momento diferenciado. Afasta-se do caráter meramente autoritário e unilateral da atuação estatal e converte-se em um poder exercido de maneira mais motivada, mais procedimental (legitimidade pelas regras do jogo), mais participativa, mais transparente e mais

A resolução de problemas de ordem geral passa a não ser mais de responsabilidade exclusiva do Estado, enquanto único tutor do interesse público supostamente singular e universal. Exige-se agora a participação efetiva dos atores sociais, que passam a contribuir para o objetivo maior de concretização de finalidades públicas de interesse geral, obtido através de uma escolha ponderada e melhor motivada daquele interesse público prevalecente em dada situação concreta¹¹. Ganha expressão a chamada *administração concertada*¹², uma fórmula sintética designativa para “os novos modelos da ação administrativa, ou seja, aqueles módulos organizativos e funcionais caracterizados por uma atividade ‘consensual’ e ‘negocial’”¹³.

O constante e crescente recurso a instrumentos contratuais nos diversos campos de atuação estatal talvez seja o exemplo mais claro de como este fenômeno hoje se manifesta. A partir do momento em que se reconhece a impossibilidade do Estado figurar como tutor exclusivo dos (agora) múltiplos interesses coexistentes na esfera social, abre-se espaço para uma aproximação cada vez maior da Administração Pública com o ambiente privado, o que coloca à prova não apenas a utilidade da tradicional dicotomia Direito Público *versus* Direito Privado enquanto base estrutural do Direito Administrativo de nosso tempo, como também, e especialmente, evidencia cada vez mais a possibilidade de tutela do interesse público por pessoas ou instrumentos não tipicamente pertencentes à Administração.

As transformações da atuação do Estado e a transição de paradigmas do Direito Administrativo fazem ressoar mudanças na própria forma de atuar da Administração nas últimas décadas¹⁴. O prestígio reassumido pelo modelo econômico de livre mercado possibilitou e impulsionou o movimento de contratualização administrativa, evidenciado

plural”. **Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção**. RBDP, ano 8, n.º 31. Out/Dez. 2010.

¹¹ CHEVALLIER, Jacques. **A governança e o direito**. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 129-146, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 17 set. 2013, p. 132.

¹² Alude-se à concertação administrativa para designar um fenômeno “em que a Administração renunciaria ao emprego de seus poderes com base na imperatividade e unilateralidade, aceitando realizar acordos com os particulares destinatários da aplicação concreta desses poderes, ganhando assim uma colaboração ativa dos administrados...”. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Parcerias na Administração Pública**. In: FIGUEIREDO, Marcelo e PONTES FILHO, Valmir (Orgs). **Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, p. 233-307, 2006.

¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 35-53, out/dez. 2003, p. 46.

¹⁴ SÉRVULO CORREIA, José Manuel. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coleção teses. Coimbra: Almedina, 2003, p. 353.

largamente nos dias atuais através da transferência de várias atividades que antes estavam nas “mãos” do Estado para a sua prestação a “quatro mãos” com a cooperação da iniciativa privada¹⁵. A própria forma de agir da Administração Pública é progressivamente modificada, privilegiando-se o “contrato” ao invés da típica forma de atuação da Administração: o ato administrativo unilateral.

Nesse cenário, novos módulos contratuais surgem como instrumentos fundamentais no domínio desta nova Administração. O resultado disso é a elevada multiplicação, na prática administrativa, de contratos das mais variadas formas e com os mais variados objetivos, que nem sempre são acompanhadas de adequado tratamento na legislação ou, ainda pior, nem sempre são entendidos como resultado desse movimento de transformação a que assistimos no Estado de Direito e no próprio Direito Administrativo. Isto leva muitas vezes, como veremos, ao tratamento dos novos modos contratuais como uma subespécie da categoria contrato administrativo segundo a sua concepção clássica, nem sempre adequada ao espírito que rege estas manifestações *consensuais* do agir administrativo. Ou ainda pior, devido às disparidades em relação ao padrão clássico de contrato administrativo, ditas figuras são muitas vezes apartadas da noção de contrato administrativo ou mesmo de “contrato”, impossibilitando a sua conformação jurídica e o tratamento sistemático do fenômeno contratual da Administração.

Porém, diante dos novos arranjos contratuais que afloram no mundo contemporâneo, marcados pela dinamicidade e complexidade das relações e pela aproximação entre as esferas pública e privada, não se afigura mais possível abordar o tema dos contratos administrativos sob os postulados, até certo ponto já superados, da dicotomia *autoridade/liberdade*; da concepção de *legalidade estrita*; e da ideia de interesse público *único, indivisível, soberano e exclusivo* do Estado. A emergência do *consenso* e a crescente necessidade de colaboração no formato “público-público” ou “público-privado”, fazem surgir novos tipos de pactos ou ajustes “*com moldes que não se enquadram ao padrão clássico de contrato administrativo*”¹⁶. A manifestação da consensualidade e a contratualização da ação administrativa trazem como

¹⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Descentralização Administrativa – sua evolução face às reformas à Constituição de 1988**. Tese aprovada por unanimidade no XXVI Congresso Nacional dos Procuradores do Estado – Goiás/2000, A & C, ano 3, nº 11, jan/fev/mar 2003, p. 118.

¹⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Parcerias na Administração Pública**. In: FIGUEIREDO, Marcelo e PONTES FILHO, Valmir (Orgs). Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, p. 233-307, 2006.

consequência *novas tendências* em matéria de contratos administrativos, que não podem e não devem ser desconsideradas pelos estudiosos do Direito.

A partir desta perspectiva de transformação, a Dissertação pretenderá empreender uma análise dos impactos que a mudança na forma de se conceber o *interesse público* – menos impositiva e mais consensual – provoca no modo de compreender e delimitar a figura dos contratos administrativos e de seu regime jurídico. O caminho para esta investigação nos remeterá, num primeiro momento, às origens do instituto do contrato e do Direito Administrativo, para melhor compreender o contexto e os fundamentos da formulação clássica da teoria dos contratos administrativos, bem assim a influência marcante que esta teoria exerceu sobre o Direito Administrativo brasileiro, a qual foi capaz não apenas de afirmar a existência e a possibilidade da Administração Pública celebrar contratos, como também – e especialmente – de consolidar a incidência de um regime jurídico especial e derogatório do Direito comum, aplicável sempre quando a Administração figura como uma das partes do contrato.

Devido às inúmeras controvérsias que o tema dos contratos no domínio da Administração suscita entre os estudiosos do Direito Administrativo¹⁷, a Dissertação não poderia subtrair-se ao esforço inicial de demonstrar como o instituto do contrato foi inserido no âmbito de atuação da Administração Pública. A intenção é fornecer um panorama de como o contrato, até então restrito ao ambiente privado, passou a ser adotado também nas relações travadas entre o Estado e os particulares, sobretudo por influência da jurisprudência e doutrina francesas. Ao capítulo inicial será reservado, portanto, o itinerário que se inicia desde a rejeição do contrato na atividade tipicamente administrativa e estende-se até a larga difusão da teoria do contrato administrativo para inúmeros países influenciados pelo modelo francês de Direito Administrativo, especialmente o Brasil.

O mais relevante será notar como e por que foi concebido o regime jurídico especial e derogatório do Direito comum aplicável a uma certa categoria de contratos da Administração –

¹⁷ O Direito Administrativo brasileiro está acostumado a se deparar com indagações envolvendo a matéria dos contratos, que se iniciam desde o questionamento em torno da efetiva possibilidade de a Administração figurar como contratante em um pacto obrigacional firmado junto a um particular, até a dúvida em torno do regime jurídico aplicável a estas espécies de ajustes. A matéria, veremos, não é nova, e acompanha o estudo do Direito Administrativo desde o seu nascimento.

os contratos administrativos –, amplamente aceito e difundido no Brasil, com especial destaque para o papel assumido pelo consenso (acordo de vontades) nas bases teóricas desta espécie contratual. Somente com o conhecimento prévio dos fundamentos da teoria do contrato administrativo e da função exercida pelo elemento consensual na formação e execução destas espécies de ajustes será possível promover uma análise crítica tendente a demonstrar as insuficiências da teoria do contrato administrativo diante dos novos desafios do Estado contemporâneo, mormente devido aos impactos que a emergência da consensualidade projeta sobre esta teoria.

O capítulo segundo, portanto, terá a função de anunciar ditas transformações a partir da passagem de uma Administração marcada pela unilateralidade e pela exclusividade na satisfação do interesse público, para uma Administração plural, caracterizada pelo consenso e participação dos interessados, com vistas a encontrar em cada caso concreto o interesse público que deve prevalecer. Através da perspectiva da consensualidade e da contratualização do agir administrativo, procurar-se-á enfatizar a expansão da contratualização no ambiente administrativo (em especial o brasileiro), não só como forma de garantir acesso à pluralidade de demandas sociais e a participação dos administrados na gestão pública (democratização da Administração), mas também como forma de reconhecer a possibilidade de tutela dos interesses públicos de forma mais eficiente mediante colaboração e negociação.

Para não ficar alheia ao tratamento dispensado pelo Direito positivo nesta matéria, a Dissertação empreenderá, no momento seguinte (Capítulo III), uma análise das manifestações contratualizadas no Direito brasileiro com vistas a extrair delas experiências úteis para o estudo dos aspectos substancialmente teóricos dessas espécies contratuais, com o aprofundamento do estudo de cada módulo contratual visando à identificação de características capazes de reclamar um tratamento diferenciado em relação àquele dispensado pela teoria clássica dos contratos administrativos. Sem descurar do exame dos desafios inerentes à revisitação de paradigmas cristalizados no estudo da relação entre Estado e Sociedade, a atenção será voltada aos modos contratualizados do agir administrativo, em sentido amplo, nos mais diversos campos de atuação estatal, a saber: (i) na prestação de serviços e utilidades públicos (contratos de concessão; Parcerias Público-Privadas; contratos de gestão com Organizações Sociais; outras modalidades de delegação); (ii) na cooperação federativa; (iii) na desburocratização e na busca

pela eficiência administrativa; (iv) na função de fomento (convênios administrativos; Termos de Parceria com OSCIPS; outras modalidades contratuais de fomento); (v) na exploração de atividade econômica pelo Estado (consórcios empresariais e *Joint Ventures*; o poder público como sócio minoritário); (vi) na execução indireta de obras e serviços de engenharia; (vii) em funções de típica autoridade estatal (o contrato como alternativa ao ato administrativo unilateral); e (viii) na resolução de litígios.

Obviamente que não se deve esperar um tratamento exaustivo de todas as formas de manifestação da contratualidade administrativa no Direito positivo brasileiro – o que seria praticamente impossível ante a dinâmica do fenômeno contratual –, senão apenas a descrição abrangente de alguns exemplos mais evidentes do sentido de contratualidade que buscaremos aqui imprimir, nos diversos campos da atividade estatal, com o fim de retratar a complexidade que o tema dos contratos adquire na atualidade e os desafios que certamente devem ser enfrentados por uma análise teórica que procure identificar os aspectos comuns a todas as manifestações contratualizadas da ação estatal.

De posse de todo o panorama da contratualidade no Direito positivo brasileiro, será possível retomar as bases da teoria do contrato administrativo para empreender uma análise dos impactos que a forma consensual e contratualizada de ação administrativa, resultado da mudança de paradigma do próprio Direito Administrativo, provoca no modo de compreender e delimitar a figura dos contratos administrativos e de seu regime jurídico. O curioso a notar, neste aspecto, será como o aumento da complexidade do fenômeno contratual da Administração, ante a multiplicidade de tipos e arranjos contratuais inovadores – inclusive em campos de típica manifestação de autoridade estatal –, levam à constatação de uma insuficiência ou inadequação do regime estatutário próprio da teoria clássica, bem como à tendência – já verificada em inúmeras leis – de afastamento ou relativização da exorbitância própria desse regime, capazes de reclamar a reformulação da teoria geral dos contratos administrativos para melhor amoldá-la aos postulados do Estado contemporâneo.

O consenso, a participação, a cooperação no desempenho de tarefas públicas, farão perceber a prescindibilidade do regime de exorbitância em muitas dessas espécies de contratos, mormente quando a contraparte dispõe-se a auxiliar o Poder Público no desempenho mais eficiente de suas funções. Tudo isso nos levará, no mínimo, se não a uma superação da teoria

tradicional do contrato administrativo – e da própria noção de contrato administrativo –, à necessidade de uma profunda revisão das suas bases teóricas em vista das finalidades de interesse público próprias de cada espécie contratual.

De pouca utilidade seria anunciar a crise da teoria do contrato administrativo sem procurar sistematizar ou ao menos indicar uma direção para o início de sua reconstrução. A parte final da Dissertação (Capítulo V) será concentrada, portanto, na tentativa de delineamento de uma nova teoria geral dos contratos administrativos no panorama da Administração-consensual, a partir da constatação de mudanças de orientações teóricas que, longe de pretenderem-se inovadoras, já se fazem sentir tanto no Direito positivo quanto em orientações doutrinárias mais recentes que não olvidam os reflexos da consensualidade sobre os institutos do Direito Administrativo (entre eles o contrato).

A amplitude da capacidade contratual da Administração nos tempos recentes; a necessidade de modulação do regime de prerrogativas da Administração em função do objeto e dos fins visados com o contrato; a margem de autonomia pública na formatação e na condução dos contratos administrativos em vista dos resultados esperados; e o reconhecimento de que todo e qualquer contrato da Administração deve respeitar um mesmo núcleo comum de vinculações com o Direito público; são apenas algumas diretrizes que já se fazem presentes na matéria dos contratos da Administração, ainda que a teoria clássica do contrato administrativo – positivada em nosso ordenamento e ainda vigente – passe ao largo destas novas orientações para firmar a uniformidade de regime jurídico, rígido, estatutário e predador de prerrogativas públicas capazes de preservar, em qualquer caso, a posição de supremacia da Administração na relação contratual.

Os novos contornos da teoria dos contratos administrativos levarão em conta, desse modo, os efeitos já constatados a partir da elevação do elemento consensual como forma privilegiada de ação administrativa no Estado contemporâneo, e terá menos o objetivo de questionar a existência de uma certa categoria de contratos da Administração diferente dos contratos celebrados entre os sujeitos privados, e mais evidenciar uma aproximação entre todas as espécies de contratos da Administração, a reclamar um tratamento abrangente e sistematizado em termos de teoria geral, cujas preocupações e desafios se mostram agora

bastante diferentes – muito mais complexos, aliás – do que aqueles enfrentados pela teoria clássica há mais de um século.

Não se duvide que o caminho para esta reconstrução é longo e cheio de obstáculos. Inúmeros outros desafios se põem como decorrência dos primeiros. Embora no Brasil a doutrina do direito administrativo quase sempre tenha caminhado à frente da jurisprudência e das Leis – assim sucedeu em matéria de princípios, de ato administrativo, de bens públicos, de servidores públicos, e mesmo de contratos administrativos – as novas configurações do fenômeno contratual da Administração Pública tem trilhado uma trajetória inversa, pois inúmeras leis já foram editadas sem que as concepções teóricas tenham restado consolidadas. Assistimos a imprescindibilidade de uma reconfiguração bastante significativa do Direito administrativo e de seus postulados em alguns de seus aspectos mais fundamentais, a começar pela aceitação de uma realidade marcada pela pulverização e multiplicação de interesses públicos e pela consequente superação da noção de supremacia e de monopólio do Estado na proteção e efetivação desses interesses. É o que ocorre com a teoria do contrato administrativo frente aos novos modos contratuais que se propagam não só na prática administrativa como também nas inúmeras e recentes legislações a respeito. Por essa razão, se não é possível reverter uma realidade que se impõe, cabe à pesquisa contribuir para melhor compreender esses fenômenos e procurar respostas convincentes e úteis frente aos desafios que a cada dia se apresentam mais complexos e dinâmicos.

Uma advertência inicial se faz necessária: esta Dissertação não tem a pretensão de esgotar o estudo de todas as controvérsias envolvendo os contratos da Administração, tampouco de oferecer uma completa e abrangente nova teoria dos contratos administrativos no Direito brasileiro. O esforço será limitado à tentativa de demonstração de uma transição entre o modo “clássico” ou “tradicional” de conceber o instituto do contrato no domínio da Administração e o modo que reputamos mais atual e adequado às mudanças sofridas pelo Estado de Direito nos tempos recentes, fruto da inserção de mecanismos e soluções consensuais mesmo em áreas de atividade tipicamente autoritária do Estado. O objetivo será tido como cumprido se logramos demonstrar os principais impactos gerados pela inserção da consensualidade na teoria dos contratos administrativos, oferecendo, a partir daí, alguns delineamentos dos traços constitutivos de uma nova teoria geral em formação, aplicável à

generalidade das manifestações contratualizadas do agir administrativo no panorama da Administração-consensual. Afinal, o Direito Administrativo como um todo, e a teoria do contrato administrativo em particular, atravessam atualmente um momento de transição, no qual o esforço pelo reconhecimento das transformações e de seus respectivos desafios mostra-se tão mais importante quanto a busca por respostas incisivas sobre cada aspecto da mudança que se assiste.

CAPÍTULO I – A CONSTRUÇÃO DA TEORIA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Para alcançar os objetivos almejados e possibilitar a melhor compreensão das transformações por que passa a teoria do contrato administrativo na atualidade – notadamente em função do espaço ocupado pela consensualidade na atividade administrativa hodierna, como veremos –, o capítulo inicial da Dissertação não poderia ter outro propósito senão o de promover uma exposição histórica e descritiva das origens e dos contornos da formulação clássica da teoria do contrato administrativo, com especial atenção para as razões (políticas, jurídicas e circunstanciais) que justificaram a atribuição – também entre nós – de um regime jurídico especial e derogatório do Direito comum aplicável a estas espécies de ajustes.

Adiante-se que aqui não se pretende repisar tudo o quanto já foi dito a respeito da origem e expansão da figura do contrato administrativo. Autores de expressão já o fizeram com muito sucesso¹⁸. O objetivo deste capítulo inicial é menos pretensioso e busca apenas situar o leitor acerca do que designaremos ao longo da Dissertação de “teoria tradicional” ou “teoria clássica” do contrato administrativo, demonstrando como o contrato administrativo assumiu entre nós um *status* de autonomia jurídica, originada, sobretudo, pela especialidade atribuída ao seu regime jurídico, pretensamente distinto dos contratos estabelecidos entre os particulares. A intenção cinge-se à sistematização histórico-evolutiva da figura contratual no domínio das relações estatais, a fim de melhor identificarmos as bases sobre as quais encontra-se assentada a moderna teoria do contrato administrativo.

O entendimento prévio da formulação teórica do instituto do contrato administrativo e dos fundamentos da especialidade de seu regime jurídico será de grande utilidade para a melhor

¹⁸ Para citar apenas alguns exemplos: MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro**. São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos Contratos Administrativos**. 1ª Ed. 2ª Tir. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998; ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo Contrato Administrativo**, Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003; GONÇALVES, Pedro. **O Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003; LAUBARDÈRE, André de. **Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs**, III Tome, Librairie Générale de Droit Et Jurisprudence, 1956; LAUBARDÈRE, André de; MODERNE, Frank e DEVOLVÉ Pierre. **Traité des Contrats Administratifs**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983; MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999; SÉRVULO CORREIA, José Manuel. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coleção teses. Coimbra: Almedina, 2003.

compreensão de como o tema da consensualidade foi inicialmente idealizado para estas espécies de ajustes, assim como nos fornecerá o pano de fundo para a investigação – que será feita na sequência – acerca dos impactos gerados pelas novas configurações da Administração-consensual, que resultam, como veremos, na substancial modificação da lógica e dos pressupostos da teoria predominantemente aplicada a estas espécies de contrato. Por razões metodológicas e também didáticas, iniciaremos com uma breve contextualização das origens da conturbada relação entre o Direito Administrativo e a figura do contrato enquanto instituto jurídico originário do Direito Civil. O conhecimento das origens e dos princípios que inicialmente informaram o instituto contratual certamente auxiliará na compreensão das dificuldades – que ainda hoje persistem – para a aceitação do instituto no âmbito das relações travadas pelo Estado.

1.1. A origem da moderna concepção de contrato

Embora as suas origens remontem à antiguidade¹⁹, o instituto jurídico do *contrato* representa a expressão maior dos fatos constitutivos de negócios jurídicos no mundo moderno, a ponto de se poder afirmar que o mundo moderno é o “*mundo do contrato*”, como principal elemento distintivo da sociedade moderna em relação às gerações precedentes²⁰ e sem o qual “*a atividade do homem limitar-se-ia aos momentos primários*”²¹. Como destaca ROPPO²², nem

¹⁹ Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO bem lembra que: “A ideia de uma articulação da sociedade do tipo contratual vem da Antiguidade; já no ensinamento das primitivas religiões, muitas vezes ela aparecia como resultado de uma negociação pactuada entre o homem e a divindade. Não foi outra, por exemplo, a milenar visão contratualista dos hebreus, exposta originalmente no Livro do Gênesis, descrevendo a Aliança pós-diluviana entre Jeová e o Povo eleito. Adotada mais tarde pelo cristianismo, como parte do Antigo Testamento, incorporou-se à herança ocidental e foi a inspiradora das teorizações contratualistas leigas que se seguiram. (...) E, realmente, tão poderoso foi o apelo consensual do contrato, que, ao se laicizar com o Renascimento, e ao se reentronizar o Conhecimento racional ao lado do Conhecimento revelado, o conceito pactista logo se difundiria e ganharia foros de universalidade, vertendo-se em reputados estudos filosóficos pioneiros, que mais tarde passariam a trabalhar o fenômeno germinal da sociedade. Constam-se, entre estes, os dos mais ilustres precursores das modernas Ciências Sociais, como HOBBS, LOCKE e ROUSSEAU, assentando todos no pacto, ou seja, no consenso manifesto das sociedades, a legitimidade as instituições civis”. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 37.

²⁰ Para Henry Summer MAINE: “a sociedade de nosso tempo se distingue principalmente das gerações precedentes pelo grande lugar que ocupa o contrato” – Tradução Livre. **Ancient Law: Its connections with Early History of society and its relations to modern ideas**. Londres, 1906, p. 288. Segundo a fórmula que ficou conhecida como “Lei de Maine”, diferentemente das sociedades antigas, nas quais as relações entre os homens baseavam-se na posição ocupada pelos sujeitos (status), a sociedade moderna seria marcada pela escolha livre dos próprios interessados, que autonomamente determinam as relações das quais querem participar (contrato).

²¹ Caio Mário da Silva PEREIRA assim expressa esta realidade: “O mundo moderno é o mundo do contrato. E a vida moderna o é também, e em tão alta escala que, se se fizesse abstração por um momento do fenômeno

mesmo o direito romano clássico conheceu uma figura geral de contrato tal como a concebemos hoje. Existia apenas um esquema formal no qual se enquadravam convenções e pactos de diversas natutrezas. O vínculo se dava muito mais em função das formalidades revestidas de caráter “mágico” ou até religioso do que em razão de alguma ideia desenvolvida de ordenamento jurídico. Para cada operação econômica havia uma fórmula que deveria ser seguida para que essa operação tivesse a proteção estatal. O mero acordo de vontades não era suficiente para criar obrigações.

Havia alguns contratos – denominados *pacta* – que, apesar de destituídos de forma, eram aceitos como fonte de obrigações, embora não tutelados pelo Estado. Nesse período clássico, a *convenção* era gênero, do qual emanavam duas espécies: o *contrato* e o *pacto*, a primeira protegida pela via da *actio*, a segunda destituída desta proteção por não ter previsão em lei e não exigir forma especial. Somente no período justinianeu se chegou a delinear um instrumento jurídico capaz de revelar-se autônomo em relação à operação econômica por ele instrumentalizada, modificando a noção de contrato ao vincular o nascimento da obrigação ao próprio acordo de vontades, e não mais ao elemento objetivo (forma) como faziam os romanos clássicos. Com isso, ao invés da delimitação restrita de tipos contratuais do período clássico, o período justinianeu conhece uma amplitude maior de contratos capazes de gerar obrigações entre as partes. Ao lado do quase-contrato, do delito e do quase-delito, o contrato firmou-se como fonte autônoma de obrigações no Direito romano²³.

Seguindo-se à linha do tempo, o Direito romano (ao lado do Direito canônico e germânico) exerceu forte influência no direito medieval, onde originalmente também não havia a ideia de contrato como figura jurídica autônoma – mas dependente de um agravo ou dano para gerar obrigação. Somente após uma longa e tortuosa evolução é que o direito medieval afirmou a ideia de contrato como fonte autônoma de obrigações e causa de responsabilização jurídica. Apesar desse avanço, o sistema econômico pouco evoluído relegou ao contrato, no período medieval, uma posição tímida e quase irrelevante se comparada às funções por ele

contratual na civilização de nosso tempo, a consequência seria a estagnação da vida social. O homo aeconomicus estancaria as suas atividades. É o contrato que proporciona a subsistência de toda a gente. Sem ele, a vida individual regrediria, a atividade do homem limitar-se-ia aos momentos primários”. **Instituições de Direito Civil**, v. 3. Contratos. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 11.

²² ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 15 e ss.

²³ Cf. Silvio Luís Ferreira da ROCHA. **Curso Avançado de Direito Civil**, vol. 3: Contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 29.

assumidas a partir da formação econômico-social caracterizada pelo alto grau de desenvolvimento das forças produtivas: o *capitalismo*²⁴.

Com efeito, as primeiras elaborações da moderna *teoria do contrato* devem-se aos jusnaturalistas do século XVII, em particular ao holandês Hugo GROTIUS, como decorrência dos ideais do capitalismo então nascente²⁵. Mas foi só a partir da segunda metade do século XVIII, com o desenvolvimento do comércio e das relações econômicas em geral, que a burguesia ascendente efetivamente passou a exigir uma nova forma de Estado capaz de garantir ao indivíduo a sua *liberdade, igualdade e propriedade*, o que só poderia ocorrer por meio da submissão do Estado ao Direito e da afirmação de institutos jurídicos privilegiadores da liberdade individual e da autonomia das relações privadas em face do poder soberano estatal²⁶.

Aos homens, agora livres e iguais perante o Direito, era preciso conferir o poder de autodisciplinar suas relações privadas, através de um instrumento apto a garantir-lhes a liberdade, a autonomia e a força necessária para exigir o cumprimento das obrigações assumidas pela contraparte. O instituto do *contrato* apresentou-se, assim – muito mais do que nas sociedades de economia arcaica ou pouco desenvolvida da antiguidade e do período feudal – como uma ferramenta ideal para o desenvolvimento do novo sistema econômico baseado na intensificação das relações comerciais, com a vantagem de conferir segurança e autonomia às transações privadas em relação ao poder – até então absoluto – do Estado-soberano. O modo de produção mais avançado, caracterizado pela “*extraordinária intensificação da dinâmica das trocas*”, transformou a concepção de contrato de modo a torná-lo um “*mecanismo objetivamente essencial ao funcionamento de todo o sistema econômico*”²⁷. Não por acaso, foi no contexto do capitalismo emergente que foram desenvolvidos os princípios elementares do contratualismo moderno, fundados nos ideais do liberalismo burguês ansioso por instrumentos capazes de assegurar a circulação da riqueza e a transmissão da propriedade privada dos bens.

²⁴ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 15-18.

²⁵ Em suma, como lembra ROPPO: “o pensamento jusnaturalista de Grócio consistia em conceber o Direito Natural de forma independente da existência de Deus. Era a ruptura com os princípios teológicos da patrística e da escolástica, e também uma profanação, o que não teria agradado o pensamento da Igreja. Deus passou a ser visto como parte integrante da natureza de onde também o Direito Natural provém, não em razão de Deus, mas sim da natureza social do homem, sendo um ditame da razão reta e que indica o que convém e não convém, de acordo com a razão e a natureza de cada um”. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 25.

²⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du Contrat Social / Principes du Droit Politique**, edited by C.E. Vaughen, Manchester, 1947. Os pensadores. 17ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 63.

²⁷ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 25.

Para além do âmbito das relações econômicas, a noção de contrato tomou lugar na própria ideologia de construção da sociedade moderna. O contratualismo tornou-se a forma de organização da própria sociedade, capaz de legitimar, pela livre escolha dos associados (indivíduos), a transferência do monopólio do uso da força para uma entidade superior e distinta de cada um dos sujeitos, titular da vontade geral da sociedade: o Estado²⁸. Enquanto para HOBBS o contrato resulta num Estado absoluto²⁹, para ROUSSEAU a sociedade civil nasce através de um contrato. Através dele, os homens assumem a condição de soberanos e aderem aos princípios irrenunciáveis da liberdade e da igualdade³⁰.

A concepção contratualista da sociedade foi assim capaz de bem fincar as bases da dicotomia público-privado na sociedade moderna³¹, contrapondo-se de um lado a sociedade livre e dotada de autonomia para o estabelecimento de vínculos jurídicos entre os sujeitos e, de outro lado, um Estado nacional investido de soberania e autoridade para o desempenho da função de tutor dos interesses de toda a coletividade. Diante da dicotomia, o espaço reservado ao contrato ficou bastante nítido neste momento: o espaço da *sociedade*. Aos sujeitos livres e iguais assegurou-se a liberdade de pacto (através do contrato), na mais ampla aceção de livre iniciativa. Ao Estado, por outro lado, reservou-se atuar nos quadrantes legais, sob a ordem de menor intromissão possível nas relações entre os particulares. O Estado mínimo e os indivíduos livres e iguais compunham a concepção liberal e pós-revolucionária de sociedade.

Tal concepção de contrato adequada à ideologia da liberdade individual informou as grandes codificações do século XIX, em especial o Código Civil Francês de 1804, considerado pioneiro na sistematização do Direito dos contratos. O artigo 1.101, cujo texto ainda permanece o mesmo desde a sua versão original, define o contrato como “*uma convenção pela qual uma*

²⁸ VIDAL NETO, Pedro. **Estado de Direito: Direitos Individuais e Direitos Sociais**. São Paulo: LTr, 1979, p. 52.

²⁹ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. In: Coleção Os Pensadores, São Paulo: Nova Cultural, 1988.

³⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du Contrat Social / Principes du Droit Politique**, edited by C.E. Vaughen, Manchester, 1947. Os pensadores. 17ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973. As teorias contratualistas destacam-se por fornecer um esquema lógico para a interpretação do Estado e, da forma como prevalecem na cultura ocidental, fundamentam a limitação do poder (LOCKE, MONTESQUIEU, KANT) e o princípio democrático (ROUSSEAU), com inestimável influência na formação dos princípios constitucionais modernos, presentes nas constituições escritas subsequentes à Revolução Francesa (1789) e à Revolução Americana (1776).

³¹ A nova forma de Estado apresenta-se como desdobramento lógico da separação entre o público e o privado, sendo notório identificar, em alguns documentos importantes da história política da Inglaterra, a proteção a direitos individuais, tais como a “Magna Carta” (1215), a “Petition of Rights” (1627), o “Habeas Corpus Act” (1679), o “Bill of Rights” (1688) e o “Act of Settlement” (1701).

ou várias pessoas obrigam-se, em relação a uma ou várias outras, a dar, a fazer ou a não fazer alguma coisa”. Foi ele o primeiro diploma normativo capaz de emprestar ao instituto contratual contornos jurídico-positivos tal como o concebemos nos dias atuais, e confirmá-lo como um mecanismo essencial ao funcionamento do sistema econômico capitalista pós-Revolução Industrial³².

A afirmação do individualismo e a separação entre Estado e Sociedade – marcas presentes nos ideais político-filosóficos de fins do século XVIII e início do século XIX – permitiram a afirmação de princípios elementares do contratualismo moderno, como a *liberdade* de contratar, a *autonomia* da vontade, a *igualdade* das partes, a força obrigatória do pacto (“*pacta sunt servanda*”)³³ e a *relatividade* de seus efeitos³⁴. Entre eles, a *autonomia da vontade*, compreendida como “o poder reconhecido às vontades particulares de regularem, elas próprias, todas as condições e modalidades de suas convenções”³⁵, assume posição de destaque na ideologia do contrato, ao representar a mais ampla aceção de *consenso* como elemento fundamental do acordo estabelecido entre os sujeitos. O princípio do *consensualismo* é a base da vontade contratual, elemento intrínseco à teoria civilista do contrato³⁶.

³² No original: “Article 1.101. Le contract est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s’obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose”. Seguiram-se a ele – não sem adotá-lo como modelo – o Código Civil italiano *post-unitário* (1865) e o Código Civil alemão “*Bürgerliches Gesetzbuch*” de 1896, ainda vigente. Cf. ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 40.

³³ A respeito da vinculação das partes aos termos da avença, Caio Mario da Silva PEREIRA bem observa que: “Concluída a convenção, recebe da ordem jurídica o condão de sujeitar, em definitivo, os agentes. Uma vez celebrado o contrato, com observância dos requisitos de validade, tem plena eficácia, no sentido de que se impõe a cada um dos participantes, que não tem mais a liberdade de se forrarem às suas consequências, a não ser com a cooperação anuente do outro. Foram as partes que escolheram os termos de sua vinculação, e assumiram todos os riscos. A elas não cabe reclamar, e ao juiz não é dado preocupar-se com a severidade das cláusulas aceitas, que não podem ser atacadas sob a invocação de princípios de equidade”. **Instituições de Direito Civil**, v. 3. *Contratos*. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 14-15.

³⁴ A ideia moderna de contrato vê na vontade dos contratantes (ou seja, no *consenso*) a força criadora da relação jurídica obrigacional, onde prevalece a “liberdade de contratar” como expressão da “autonomia da vontade”, e de onde se origina naturalmente o princípio da força obrigatória segundo a máxima de que “o contrato faz lei entre as partes”. Para que essa fórmula possa dar certo, é preciso também garantir a paridade entre os contratantes.

³⁵ Sobre a autonomia da vontade, Caio Mario da Silva PEREIRA ensina que: “A ordem jurídica oferece a cada um a possibilidade de contratar, e dá-lhe a liberdade de escolher os termos da avença, segundo as suas preferências”. **Instituições de Direito Civil**, v. 3. *Contratos*. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 14-15.

³⁶ Por isso definir-se o contrato como um negócio jurídico bilateral que: “exige o **consentimento**; pressupõe, de outro lado, a conformidade com a ordem legal, sem o que não teria o condão de criar direitos para o agente; e, sendo **ato negocial**, tem por escopo aqueles objetivos específicos. Com a pacificidade de doutrina, dizemos então que o contrato é um **acordo de vontades**, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos. Dizendo-o mais sucintamente, e reportando-nos à noção que demos de negócio jurídico, podemos definir contrato como o **acordo de vontades com a finalidade de produzir**

Em termos históricos, portanto, a figura contratual esteve inserida inicialmente no âmbito de atuação dos sujeitos privados, como decorrência direta da definição de seus elementos formadores, em especial da possibilidade conferida às partes de decidir livremente pela celebração ou não do contrato e pela escolha dos termos da avença, segundo as suas próprias preferências. Tais princípios do direito contratual elevaram-no à qualidade de principal instituto de Direito privado, transformando-o no símbolo, por excelência, da atividade jurídica dos particulares. Mas, e quanto às relações jurídicas mantidas pelo Estado? Seria admissível uma figura semelhante ao contrato de Direito civil no domínio das atividades atribuídas ao Estado pós-revolucionário? Poderia o Estado colocar-se em posição de igualdade com os demais sujeitos para com eles celebrar ajustes consensuais como expressão de sua autonomia da vontade? Poderia o Estado, enquanto representante legítimo do povo e submetido agora às amarras rígidas da Lei e do Direito, obrigar-se perante outro sujeito através de um instrumento criado a partir da mera declaração de vontade do administrador?

1.2. O Direito Administrativo e a aversão inicial ao contrato

É ponto comum o fato de que o Direito Administrativo, tal como o concebemos, surge na França como uma decorrência da Revolução Francesa³⁷ e do recém-inaugurado Estado de Direito³⁸, fundado na teoria da tripartição dos Poderes e na concepção de soberania popular³⁹.

efeitos jurídicos”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 7.

³⁷ Segundo Maria Silvia Zanella DI PIETRO, “*alguns vão ao ponto de afirmar que o direito administrativo é produto exclusivo da situação gerada pela Revolução Francesa, só existindo nos países que adotaram os princípios por ela defendidos. Onde não houve a mesma luta que convergiu para a mudança brusca de regime, não existe direito administrativo. É o que expõe Mario G. Losano (...): ‘o direito administrativo é um produto da Europa continental pós-revolucionária, o que impede a generalização de conceitos para além destes limites de espaço e de tempo. Na realidade, ele apresenta-se como o direito que o estado burguês utiliza para se defender tanto contra a classe derrubada como contra a que, utilizada como aliada no decurso da revolução, é reprimida depois da tomada de poder’*”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Do Direito Privado na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 1989, p. 46.

³⁸ Nas palavras de Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO: “*o Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito, porque é o Direito que regula o comportamento da Administração. É ele que disciplina as relações entre Administração e administrados, e só poderia mesmo existir a partir do instante em que o Estado, como qualquer, estivesse enclausurado pela ordem jurídica e restrito a mover-se dentro do âmbito desse mesmo quadro normativo estabelecido genericamente. Portanto, o Direito Administrativo não é um Direito criado para subjugar os interesses ou os direitos dos cidadãos aos do Estado. É, pelo contrário, um Direito que surge exatamente para regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais, dentro desse espírito protetor do cidadão contra descomedimentos dos detentores do exercício do Poder estatal*”. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 46.

³⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du Contrat Social / Principes du Droit Politique**, edited by C.E. Vaughan, Manchester, 1947. Os pensadores. 17ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 63.

Ele aparece inicialmente como regulador do comportamento da Administração e disciplinador da relação entre Administração e administrados, protegendo os cidadãos contra os abusos dos detentores do exercício do poder⁴⁰ e impondo vetos à atividade do Estado. Por isso não falta quem afirme que o Direito Administrativo adquiriu caráter liberal ao assumir a condição de limitador da concentração do poder⁴¹.

Por outro lado – e paradoxalmente ao pressuposto da limitação do poder soberano –, o Direito Administrativo permitiu também a transferência para o Estado de poderes especiais (*puissance publique*) de certo modo análogos àqueles detidos pelos soberanos dos antigos regimes absolutistas⁴². Em contraposição ao Direito privado, baseado na ideia de igualdade, o Direito Administrativo adotou como ponto de partida o pressuposto diametralmente oposto, da “*desigualdade a priori, da supremacia existente entre a autoridade (o Estado) e os sujeitos (os indivíduos integrantes da sociedade política)*”⁴³. Assim, por exemplo, as ideias da irresponsabilidade do Estado, dos atos de império, da supremacia do interesse público, da outorga de prerrogativas à Administração, da noção de discricionariedade e insindicabilidade

⁴⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 48.

⁴¹ Como bem destacou Floriano de Azevedo MARQUES NETO: “Com a evolução do Liberalismo e, principalmente, do Constitucionalismo emerge a necessidade de afirmação do indivíduo frente ao Estado, o que leva à concepção de Direito Administrativo entendido como um arcabouço legal apto a limitar e procedimentalizar o poder do Estado e garantir os direitos dos indivíduos. (...) Portanto, desde o surgimento dos seus primeiros lineamentos, o Direito Administrativo é alicerçado sobre uma dada concepção de Estado, inerente à Modernidade. Reforça-se, a partir desta concepção, a visão dele como um campo do Direito preferencialmente voltado à delimitação do poder do Estado, como uma proteção dos particulares contra o sempre presente risco de exercício arbitrário do poder político”. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 64.

⁴² A constatação é bem retratada por Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA: “Em que pese tenha nascido como instrumento de concretização do Estado de Direito, o Direito administrativo, em seus primórdios, transferiu para a pessoa do Estado, detentor do poder soberano, prerrogativas em certa medida análogas às do monarca dos antigos regimes absolutistas. Esse viés de autoridade reforçada por poderes especiais – *puissance publique*, na feliz expressão francesa, porém de difícil tradução – marcou diversas construções teóricas do Direito administrativo do século XIX e primeira metade do século XX”. **Contratos Administrativos**. In: JABUR, Gilberto Haddad & PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge (coord.). **Direito dos Contratos II**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 194. Para uma reflexão questionadora da origem dessa disciplina e de sua associação ao Antigo Regime, ver BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 9-17. Segundo o autor: “A associação da gênese do direito administrativo ao advento do Estado de direito e do princípio da separação de poderes na França pós-revolucionária caracteriza erro histórico e reprodução acrítica de um discurso de embotamento da realidade repetido por sucessivas gerações, constituindo aquilo que Paulo Otero denominou ilusão garantística da gênese (*Legalidade e Administração Pública – o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, 2003, p. 271)”.

⁴³ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 73.

do mérito administrativo, dentre outras, que representaram “*antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação*”⁴⁴.

O Direito Público – ou, mais especificamente, o Direito Administrativo – foi reconhecido, desde a sua origem, como um Direito especial em relação ao Direito privado, devido à importância das funções assumidas pela Administração e da impossibilidade de submissão dos assuntos afetos à Administração à Justiça comum. Era preciso garantir independência à Administração e submetê-la a um Direito especial, o que explica a origem dos Tribunais Administrativos na França⁴⁵ e, como fruto da atuação destes, do próprio Direito Administrativo⁴⁶. Não sem razão, as bases doutrinárias do Direito Administrativo francês, bem retratadas nas obras de autores como LAFERRIÈRE⁴⁷, BERTHÉLEMY⁴⁸ e HAURIOU⁴⁹, o relacionam diretamente com a estrutura de poder político nascida com a modernidade, cujas características fundamentais são a soberania, a dicotomia público/privado e a busca pelo

⁴⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 9-17.

⁴⁵ Segundo assinalou Maria João ESTORNINHO: “*Esta autonomização de uma jurisdição própria da Administração Pública foi devida, sem dúvida, a motivos técnicos resultantes da necessidade de os litígios da Administração serem apreciados por um juiz tecnicamente mais apto e idôneo. Mas, e embora a jurisdição administrativa corresponda ainda hoje a um princípio de divisão de tarefas, a doutrina reconhece que o motivo técnico não foi ‘o único nem o principal’ (NIGRO). A principal razão foi, pelo contrário, de natureza política: a jurisdição administrativa surgiu devido à especial interpretação que, ‘à luz de uma tradição’ (RIVERO), foi feita do princípio da separação de poderes. No plano das relações entre o Poder Judicial e o Poder Executivo, esse princípio de separação admitia, à partida, duas interpretações possíveis: ou se entendia que, mesmo nos casos em que a Administração é parte, se trata ainda de atividade de julgar, da competência dos tribunais judiciais ou, como veio a acontecer, se acentuava o facto de se tratar de julgar o Executivo e, assim, se proibia a ingerência dos tribunais comuns*”. **Réquiem pelo Contrato Administrativo**, Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 23-24.

⁴⁶ O marco inicial do Direito Administrativo é, em geral, reconhecido com a Lei de 28 pluviose do ano VIII – algo equivalente a fevereiro de 1800 – que deu organização jurídica à administração pública francesa. Antes disso, na época das monarquias, o que havia eram normas esparsas relativas ao funcionamento da Administração Pública, às competências de seus órgãos, ao Fisco, à servidão pública e outras. O ambiente da Idade Média não teria sido propício para o desenvolvimento do Direito Administrativo. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1.

⁴⁷ LAFERRIÈRE, E. **Traité de la jurisdiction administrative et des recours contentieux**. 2ª éd. Paris: Berger-Levrault et cie, 1896.

⁴⁸ BERTHÉLEMY, Henry. **Traité Élémentaire de Droit Administratif**. 8ª ed. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1916.

⁴⁹ HAURIOU, Maurice. **Précis de Droit Administratif et de droit public general**. Paris: Recueil Sirey, 1921; e **Principios de Derecho Publico y Constitucional**, 2ª ed. Madrid: Reus, 1927.

alcance de finalidades de interesse público, função legitimadora do exercício do poder político⁵⁰.

Nesse contexto, o interesse público assume posição central no Direito Administrativo. O componente autoritário do Direito Administrativo é reconhecido pelo *regime administrativo* composto por prerrogativas públicas, que colocam a Administração Pública em posição de superioridade frente ao administrado. Ao indicar que o interesse público deve se colocar sempre como exclusivo, supremo e indisponível, consolida-se a autonomia do Direito Administrativo em relação ao Direito comum, através da atribuição de um caráter impositivo, autoritário e unilateral ao primeiro, capaz de distanciá-lo do ambiente consensual próprio do direito aplicável às relações entre os privados.

Basta ver que, no contexto de busca da autonomia do Direito Administrativo como ramo apartado do Direito privado, a obra de HAURIOU – considerado o precursor da Escola da *Puissance Publique* na França, também denominada Escola de Tolouse – ganhou relevância por ser capaz de sistematizar princípios e conceitos considerados até hoje fundamentais para a disciplina, com destaque para a noção de *regime jurídico administrativo*, que passa a ser compreendido como um corpo especial de regras jurídicas do Direito Administrativo, marcado pela centralização das funções administrativas no Poder Executivo⁵¹ e pela a conferência de poderes de ação unilateral à Administração⁵². A *Puissance Publique* assinala a desigualdade das relações administrativas, em que a Administração Pública se posiciona acima dos administrados por deter poderes especiais, pois, “*incumbida do ‘dever superior’ de (...) satisfazer o interesse geral (fator de legitimação da puissance publique), a Administração*

⁵⁰ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 72/74.

⁵¹ Sobre esta nota característica, MOREIRA NETO ressalta que, ao contrário dos demais poderes (legislativo e judiciário), o poder executivo não apresentou relevante absorção dos ideais liberais, seguindo “*principiologia oposta, dando ênfase a institutos que reforçavam o poder de império do Estado, como a sua atuação discricionária, a exclusão do administrado na formação do processo decisório, a executoriedade e a autotutela*”. **Mutações do direito administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 9.

⁵² Para HARIOU, o regime administrativo (“*le régime administratif*”) seria composto por três elementos: (i) o poder administrativo (“*pouvoir administratif*” ou “*puissance publique*”; (ii) a realização da função administrativa; e (iii) a empresa de gestão administrativa. Segundo o autor, o poder administrativo seria o elemento primordial do regime administrativo, através do qual o regime administrativo “*imprime uma direção aos serviços públicos e assegura a execução das leis*” – tradução livre. A partir do reconhecimento desse poder, à Administração seriam asseguradas certas prerrogativas, notadamente os direitos exorbitantes do Direito comum e a ação de ofício (auto-executória). **Précis de Droit Administratif et de droit public general**. Paris: Recueil Sirey, 1921, p. 2-10.

central se situaria em posição de superioridade face aos administrados, com os quais estabeleceria relações marcadamente verticalizadas”⁵³.

Assim, enquanto o Direito Privado ergue-se sobre o pressuposto liberal da igualdade, da autonomia e do pacto consensual por excelência – o contrato –, o caminho trilhado pelo Direito Administrativo foi bastante diferente. Desde o primeiro momento de afirmação dos postulados do Estado de Direito e de nascimento de um Direito próprio para regular as ações do Estado, nota-se uma aparente incompatibilidade entre esse [novo] ramo do Direito e a figura do contrato tal como concebida pela teoria civilista. O resultado disso foi a aversão inicial à figura do contrato como instituto de Direito Administrativo, relegando-se a sua disciplina e a sua conformação jurídica, neste momento inicial, estritamente ao campo do Direito privado (ou Direito comum).

Caracterizado pela nota autoritária, o Estado distanciava-se do Direito privado para afirmar um direito autônomo: o Direito Administrativo, centrado na figura jurídica do *ato administrativo unilateral*. Essa figura jurídica – do ato – vai ser responsável por erigir toda a especialidade do Direito Administrativo, a partir da ideia de unilateralidade e autoridade, ao mesmo tempo distanciando-o do instituto do *contrato*. Tendo em vista a posição de superioridade ocupada pela Administração em relação aos particulares (relação de poder-sujeição), o contrato, baseado na igualdade das partes, apresentava-se no Direito Administrativo como uma “*contradictio in adjecto*”⁵⁴, explicando-se assim a exclusão do contrato do âmbito da atividade administrativa de prossecução do interesse público.

O nascimento do Direito Administrativo foi assim acompanhado da ideia de que o Estado, quando atua com o objetivo de assegurar o interesse público, não poderia subordinar-se a uma espécie de acordo de vontades com particulares, ou seja, não poderia celebrar contratos. Quanto a esse último aspecto, apontavam-se duas razões principais: de um lado, o Estado não ter autonomia em sua vontade, devendo seguir estritamente o que for previsto pela lei; de outro, o Estado não poder subordinar-se a uma relação de igualdade com um particular, havendo que

⁵³ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2010, p. 35.

⁵⁴ GONÇALVES, Pedro. **O Contrato Administrativo: uma instituição do direito administrativo do nosso tempo**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 14.

preservar sua supremacia. Assim, sempre quando a proteção do *interesse público* o justificasse, ao Estado era conferida a prerrogativa de, nos quadrantes legais, agir com manifestação de autoridade⁵⁵.

No desempenho de suas funções típicas, o Estado não poderia ser livre para contratar, sob pena de restarem frustrados os objetivos de tutela do interesse público e de comando da sociedade, os quais pressuporiam uma atuação verticalizada, impositiva e unilateral. Não havia espaço para o diálogo no âmbito da atividade estatal de proteção e satisfação do interesse público. Muito ao contrário, a afirmação da soberania e da separação entre as esferas pública e privada bem serviu para evidenciar o ambiente no qual se encontrava inserida a moderna concepção de contrato: o ambiente privado⁵⁶. Ele – o contrato – era visto como instituto próprio das relações privadas, porquanto os seus princípios informadores (liberdade, autonomia, igualdade etc) contrapunham-se ao papel assumido pelo Estado na sociedade pós-revolucionária (guardião do interesse público). A figura contratual ficou assim restrita ao âmbito das relações estritamente privadas, pois era apenas nesse domínio – o privado – que se admitia certa igualdade entre as partes, impensável nas relações travadas pela Administração quando no exercício da função administrativa.

Isto explica porque logo as primeiras formulações do Direito Administrativo na França se preocuparam, para fins de delimitação da competência do Conselho de Estado, em diferenciar os *atos de autoridade* dos *atos de gestão*, considerada por ENTERRÍA como a primeira sistematização do Direito Administrativo moderno⁵⁷. De acordo com esta teoria, os contratos seriam considerados atos de gestão, sujeitos ao foro civil, enquanto os atos

⁵⁵ Segundo esclarece Floriano de Azevedo MARQUES NETO: “a relação do Direito Administrativo com o atrelamento do poder político à legalidade (...) não serve para obscurecer o peso que tem a noção de **autoridade** na construção do modelo teórico a que nos referimos”. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 65.

⁵⁶ Nas palavras de Maria João ESTORNINHO: “Agora, tendo havido precisamente a intenção de criar um direito específico para a actuação da Administração Pública, compreende-se que aquilo que resta da sua atividade de direito privado seja muito pouco e apareça quase só como uma atividade ‘alternativa’”. **Réquiem pelo Contrato Administrativo**, Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 31.

⁵⁷ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La figura del contrato administrativo**. In RAP, nº 41, Madri, 1963. Disponível em: <<http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1963041099.PDF>>. Acesso em 10 Set 2013. A distinção entre os atos de autoridade e os atos de gestão da Administração Pública girava em torno da fórmula: Administração-autoridade: direito público X Administração-não autoridade: direito privado. O contrato, nesse sentido, é situado no âmbito do Direito Privado (e submetidos à jurisdição comum), por representar um típico caso de não-autoridade.

administrativos sujeitar-se-iam aos Tribunais Administrativos em razão de se constituírem como decorrência dos poderes públicos estatais. O contrato seria um típico ato de não-autoridade, submetido, portanto, ao Direito privado e à competência dos Tribunais Comuns⁵⁸. Segundo este ponto de vista, todos os contratos da Administração, assim como os contratos celebrados pelos particulares, eram concebidos como uma única e mesma categoria.

O instituto do contrato foi assim inicialmente tratado, na França, como categoria jurídica pertencente ao Direito Civil, de pouca relevância para as regras de Direito Administrativo, estas últimas preocupadas, à época, com a consolidação do princípio da legalidade e com a imposição de limites à atuação Estatal. A aversão ao contrato público nesse momento inicial pode ser evidenciada a partir das obras de RENARD⁵⁹, HARIOU⁶⁰ e BONNARD⁶¹, segundo os quais o contrato aceito era o de Direito privado, ainda que celebrado pela Administração⁶², sendo que a Administração, quando presente o exercício de poderes públicos, só poderia agir com autoridade (atos). Punha-se assim muito clara a ideia da

⁵⁸ Segundo assinala LAUBARDÈRE: “Aceitava-se que o Estado não atua sempre na qualidade de poder público. Não se apresenta com esta qualidade senão quando atua por meio de ordens, proibições, regulamentações, em uma palavra, quando manifesta uma vontade ordenadora; os atos que cumpre desta forma são atos de autoridade ou de poder público. Mas também pode atuar como um simples particular e fazê-lo de igual a igual com os administrados, por exemplo subscrever contratos com eles; estes são os atos de administração ou de gestão. Dizia-se que unicamente quando o Estado atua como poder público há lugar a aplicar o direito administrativo e, por consequência, a fazer intervir a competência dos tribunais administrativos. Para a atividade administrativa reaparecem o direito privado e a competência dos tribunais judiciais”. **Manual de Derecho Administrativo**. Ed. Temis Libreria: Bogotá, 1984, p. 23 e ss.

⁵⁹ RENARD, Georges. **Cours élémentaire de droit public**. Paris: Recueil Sirey, 1922, p. 70.

⁶⁰ HAURIOU, Maurice. **Précis de Droit Administratif et de droit public general**. Paris: Recueil Sirey, 1921, p. 573.

⁶¹ BONNARD, Roger. **Précis de droit administratif**, Paris: Librairie de la société du recueil J. B. Sirey, 1935, p. 375.

⁶² Prevalencia a ideia de que “a Administração pode desenvolver, não só atividades próprias que devem estar submetidas a um regime jurídico especial, mas também atividades que em nada são diferentes das dos particulares e que, por isso, devem regular-se pelo Direito Comum”. ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo Contrato Administrativo**, Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 28. Quanto ao tema, Anota Almiro do COUTO E SILVA que “A noção de contrato administrativo, regido pelo direito público, só começa a esboçar-se na França no fim do século passado [XIX], consolidando-se nas primeiras décadas deste século [XX]. Antes disso, todo o contrato era de direito privado. Assim, quando se afirmou, também na França, a célebre distinção entre atos de autoridade e atos de gestão, que remetia os primeiros para a órbita direito público e os outros para a do direito privado, nunca se duvidou que os contratos celebrados pela Administração Pública, independentemente de sua natureza, eram atos jurídicos de direito privado, mesmo que a competência para decidir as controvérsias com eles relacionadas fosse vezes atribuída a tribunais administrativos, por razões de ordem prática”. **Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas**, Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 27, nº 57 (supl.), p. 181-208, 2004.

incompatibilidade entre poder e contrato ou entre autoridade e consenso⁶³, privilegiando-se a forma de atuação impositiva e unilateral, em detrimento da via consensual.

Convém anotar que outros países da Europa continental que conheceram a construção de um Direito autônomo para reger os assuntos afetos à Administração igualmente negaram a possibilidade de o Estado figurar como parte num contrato que tenha por objeto uma relação de Direito Público. É o caso da Alemanha, onde a doutrina de Direito Público, capitaneada por Otto MAYER⁶⁴ – seguido por Fritz FLEINER⁶⁵ –, assumiu a regra segundo a qual sempre que o Estado se inserisse numa relação de Direito público seria inviável a celebração de contratos. O autor alemão chegou a afirmar que o contrato, em sentido próprio, seria inadmissível no Direito público⁶⁶, pois seria impensável imaginar o contrato no exercício dos poderes estatais e

⁶³ GONÇALVES, Pedro. **O Contrato Administrativo: uma instituição do direito administrativo do nosso tempo**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 19.

⁶⁴ O autor assumiu a seguinte regra: sempre que o Estado se insere numa relação idêntica a que se estabelece entre os particulares, aplicam-se as regras do direito civil e, por conseguinte, o Estado celebra contrato nos termos do direito privado. Porém, sempre que o Estado insere-se numa relação de direito público, aplicam-se as regras de direito público e, pois, é inviável a celebração de contratos. MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán**, Tomo I, Parte General, Traducción directa del original francês de 1904, Buenos Aires: Depalma, 1982, p. 184 e ss. Sobre a posição adotada pelo autor alemão, ver também: ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo Contrato Administrativo**, Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 42.

⁶⁵ FLEINER, Fritz. **Les principes du Droit Administratif Allemand**. Traduction de Charles Eisenmann. Paris: Librairie Delagrave, 1933, p. 122 e 133 e ss.

⁶⁶ É certo que, além de sofrer influência do Direito Administrativo que se começava a delinear na França (então mais desenvolvido), a aversão do Direito Administrativo alemão à figura contratual tem uma explicação histórica, que decorre do período imediatamente anterior à formação do Estado Liberal: o antigo regime absolutista. No período da monarquia absoluta, o contrato não era admitido, obviamente, no domínio das relações entre o Estado (poder de império) e os cidadãos (seus súditos). Não se admitia que o soberano pudesse igualar-se aos particulares para com eles celebrar ajustes com força de lei, capazes de estabelecer vínculos entre o Rei e seus súditos. Por isso que, em meados do século XVII, dada a necessidade de se regular minimamente as situações em que o Estado atuava despido de autoridade, adotou-se na Alemanha a “teoria do fisco” que admitia uma dupla face estatal: o Estado desdobrava-se em Estado propriamente dito, e o Estado enquanto “fisco”, entidade de direito privado e sem soberania. Para imprimir um pouco mais de proteção ao patrimônio dos súditos, a teoria do Fisco surge como modo de equiparar o fisco aos particulares, despindo-o dos poderes próprios da coroa. A intenção era possibilitar a imputação de responsabilidade de eventuais prejuízos aos particulares causados pela atividade do Estado, em contraposição à ideia de irresponsabilidade do soberano. Cf. ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo Contrato Administrativo**, Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 24. Note-se, porém, que **a teoria do Fisco repudiava qualquer possibilidade de o Estado, enquanto no exercício de soberania, figurar como contratante em ajustes celebrados com os particulares**. Ela é criada justamente para assegurar a posição de supremacia da Coroa, que não poderia igualar-se ao particular para celebrar contratos tal como concebidos pelo Direito Privado. Assim, através desta teoria, somente o Fisco – entidade que não se confundia com o soberano – poderia celebrar *contratos* e manter relações jurídico-privadas com particulares, situando-se de um lado o poder soberano autoritário que desconhece qualquer margem de consenso com os súditos e, de outro, um Estado que se coloca em posição de relativa igualdade com os súditos, sempre quando se tratasse de questões estritamente patrimoniais (onde não há necessidade de autoridade). Mas o dualismo entre Estado “poder público” e Estado “pessoa jurídica” foi logo ultrapassado com o Estado Liberal, quando se consagrou a personalidade jurídica única do Estado. Não faria mais sentido, no Estado de Direito, admitir que parcela do Estado permanecesse “irresponsável” por seus atos. Era preciso agora “domesticar” a Administração Pública e submetê-la à lei e ao

no desempenho das funções administrativas, vez que os poderes atribuídos à Administração diziam respeito à prática de atos unilaterais, inerentes às competências públicas. Repare-se que não se nega todo e qualquer contrato pela Administração, apenas aqueles que implicam em poder público de autoridade. Os contratos de direito privado eram admitidos sempre quando o Estado inseria-se numa relação idêntica a que se estabelece entre os particulares (de natureza patrimonial), aplicando-se, para estes casos, as regras do Direito Civil⁶⁷.

Assim como a Alemanha, a Itália igualmente negou, desde o início, a celebração de contratos no exercício dos poderes estatais⁶⁸. As doutrinas de RANELLETTI⁶⁹ e SANTI ROMANO⁷⁰ evidenciam a negação da possibilidade da Administração celebrar contratos sobre exercício da função administrativa, pois, nesse âmbito, o ato revestido de autoridade deve ser exercido de forma unilateral, ou seja, independente da vontade da outra parte (particular). Assim, especialmente devido a necessidade de harmonização sistêmica do Direito como um todo, a figura do contrato como instituto próprio do Direito Administrativo ficou bastante prejudicada⁷¹.

Direito, mas não qualquer Direito, e sim um Direito especial, próprio da Administração: o Direito Administrativo. Como afirma BARDUSCO: “(...) a teoria do Fisco está completamente abandonada, também porque se considera um fato normal que a atividade da administração, seja aquela privada, seja aquela pública, seja submetida ao direito”. BARDUSCO, Aldo. **La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni: atti amministrativi e negozio di diritto privato**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, p. 15 (em nota de rodapé).

⁶⁷ A importância do Direito Civil no Direito Alemão é notável, e talvez explique porque grande parte dos contratos da Administração do Direito alemão continue até hoje sujeita ao Direito Civil. Enquanto no Direito francês houve uma tendência para rejeitar as normas do Direito privado, erigindo-se o Direito Administrativo como conjunto de normas derogatórias e exorbitantes do direito comum, o Direito alemão sistematizou o Direito Administrativo fortemente influenciado pela Teoria do Fisco, preocupando-se em preservar os conceitos já pertencentes ao Direito privado. Tanto é assim que o autor alemão Fritz FLEINER esclarece que à expressão “Direito Administrativo” não corresponde uma espécie autônoma de Direito. (...) “Ela parte da consideração de que as normas particulares não foram elaboradas pela Administração Pública senão nos casos em que as normas gerais do direito privado, do direito penal e do processo não podem proteger, pelo menos de maneira suficiente, em razão do modo mesmo pelo qual elas são concebidas, os interesses especiais da administração pública”. Acrescenta o autor que se entenderá por direito administrativo “o direito público estabelecido na medida das necessidades da administração pública”. **Les principes du Droit Administratif Allemand**. Traduction de Charles Eisenmann. Paris: Librairie Delagrave, 1933, p. 44. Tradução livre.

⁶⁸ Para uma didática explanação do pensamento dos autores italianos, ver MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro**. São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 129-132.

⁶⁹ RANELLETTI, Oreste. **Principii di Diritto Amministrativo**, v. I. 4ª ed. Napoli: Luigi Pierro, 1912, p. 378.

⁷⁰ ROMANO, Santi. **Principi di Diritto Amministrativo Italiano**. 3ª ed. Milano: Società Editrice Libreria, 1912, p. 56.

⁷¹ Na constatação de Pedro GONÇALVES: “(...) a doutrina, sobretudo na Alemanha e na Itália, fez um grande esforço por atrair para a esfera de regulação do direito público toda ou pelo menos uma significativa parte da actuação administrativa. Para que essa fosse uma empresa bem sucedida tornava-se necessário enquadrar as

Ocorre que, diferentemente desses dois países, nos quais as contratações do Poder Público continuam, até hoje, salvo exceções mais recentes⁷², regidas pelo Direito privado segundo as regras do Código Civil, a evolução da ciência do Direito Administrativo na França resultou na adoção de uma solução diferente para o fenômeno contratual da Administração. Nesse país, após um lento período de consolidação das ideias em torno do *regime jurídico administrativo* e do trabalho incessante da jurisprudência do Tribunal Administrativo (Conselho de Estado) – e posteriormente da doutrina – foi reconhecida a necessidade de desenvolver-se uma teoria que pudesse melhor retratar e fundamentar o fenômeno contratual da Administração, diferenciando-o, em termos de conceito, fundamentos e regime jurídico, dos contratos firmados entre os sujeitos privados.

Seja por razões de conveniência de organização do Poder Judiciário francês; da necessidade de afirmar a autonomia do Direito Administrativo em relação ao Direito Comum; ou pelo reconhecimento da própria essência material diferenciada de alguns contratos firmados pelo Poder Público; o fato é que à aversão inicial da figura do contrato no domínio do Direito Administrativo seguiu-se, na França, um grande esforço por sua afirmação a partir da criação de instituto jurídico autônomo e informado por princípios diferente daqueles que nortearam os contratos de Direito Civil: o **contrato administrativo**. É o que se pretende demonstrar com maior detalhe nas linhas seguintes.

1.3. A origem do Contrato Administrativo na França

É originário da França o primeiro conceito de contrato administrativo⁷³. A trajetória do “*nascimento*” e afirmação da figura do contrato administrativo na França decorre, em grande medida, de uma peculiaridade do direito francês: a necessidade inicial de bem delimitar a fronteira entre a competência dos Tribunais Comuns e a dos Juízes Administrativos, como

relações da Administração com os particulares numa forma jurídica distante dos esquemas do direito privado e, por isso mesmo, distante de uma das instituições civilísticas por excelência, o contrato”. **O Contrato Administrativo: uma instituição do direito administrativo do nosso tempo**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 13.

⁷² Fazemos referência aos contratos sobre o exercício de poderes públicos, dos quais trataremos no tópico 4.1.1.

⁷³ Assim afirma Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO: “*Foi a doutrina francesa que desenvolveu a teoria do ‘contrato administrativo’, fortemente embasada nos arestos do Conselho de Estado*”. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 595.

maneira de evitar a interferência do Poder Judiciário nos assuntos afetos à Administração⁷⁴. Após a Revolução, a assembleia constituinte afirmou claramente a interdição de as jurisdições comuns conhecerem dos litígios administrativos. Não tardou para que as leis francesas, especialmente a Lei nº 16, de 24 de agosto de 1790⁷⁵, remetessem à competência dos Tribunais Administrativos os litígios decorrentes de contratos em que a Administração fosse parte, passando a ser de competência exclusiva dos juízes administrativos todos os assuntos afetos à Administração, até mesmo os contratos que, malgrado fossem nessa época ainda regidos pelos princípios e regras do Direito privado, foram afastados da competência dos Tribunais Cíveis.

Nesse momento inicial, aponta-se que a principal razão para tanto teria sido de natureza política, pois não se admitia o julgamento de litígios decorrentes das atividades exercidas pela Administração pelos Juízes Comuns (ainda que o regime aplicável fosse o do direito privado). Tratava-se de assegurar independência do Poder Executivo em relação ao “governo dos juízes”, tão temido pelos revolucionários burgueses⁷⁶. Como acentuou LAUBARDÈRE: “(...) a desconfiança dos homens da Revolução em relação ao poder judicial, desconfiança inspirada pela recordação dos parlamentos do antigo regime e da oposição que se lhes reprovava contra as tentativas de reformas administrativas empreendidas pelo poder real e os intendentess”⁷⁷.

É certo que tal situação de contradição entre direito aplicável (Direito Civil) e competência judicial (Tribunais Administrativos) logo chamou a atenção dos juízes comuns

⁷⁴ A esse respeito, são pertinentes as observações de Allan-R. BREWER-CARÍAS: “a repartição das competências jurisdicionais, na França, foi um fator chave no nascimento e desenvolvimento do Direito Administrativo e na própria concepção do contrato administrativo; definitivamente, foi a justificação do próprio Direito Administrativo. Em nossos países e na grande maioria daqueles que foram tributários do Direito francês isto não ocorreu, e nem é assim”. **Evolução do Conceito de Contrato Administrativo**. Revista de Direito Público, v. 51-52, 1979, p. 6.

⁷⁵ A redação da referida Lei de 1790 é assim reproduzida na obra de LAUBARDÈRE: “As funções judiciais estão e sempre permanecerão separadas das funções administrativas. Os juízes não poderão, sob pena de prevaricação, obstaculizar de qualquer maneira as operações dos corpos administrativos nem citar ante eles aos administradores por razão de suas funções”. LAUBARDÈRE, André de. **Manual de Derecho Administrativo**. Ed. Temis Libreria: Bogotá, 1984, p. 36.

⁷⁶ Ao destacar este aspecto da história da França, Gustavo BINENBOJM comenta que “a conhecida origem pretoriana do direito administrativo, como construção jurisprudencial (do Conselho de Estado) derogatória do direito comum, traz em si esta contradição: a criação de um direito especial da Administração Pública resultou não da vontade geral, expressa pelo Legislativo, mas de decisão autovinculativa do próprio Executivo”. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 11.

⁷⁷ LAUBARDÈRE, André de. **Manual de Derecho Administrativo**. Ed. Temis Libreria: Bogotá, 1984, p. 36.

para a aparente arbitrariedade com que a França criou regras atinentes à repartição de competências jurisdicionais, levantando suspeitas sobre a amplitude de poderes dos juízes administrativos, vistos como uma “*sobrevivência do autocratismo napoleônico*” ou um “*perigo para a segurança dos indivíduos face à Administração*”⁷⁸. A consequência desta desconfiança foi a devolução ao foro civil, ainda em meados século XIX, de uma série de conflitos envolvendo a Administração, inclusive aqueles decorrentes da celebração de contratos⁷⁹. Porém, nem todos os atos da Administração ficaram sujeitos ao foro civil. Alguns deles, por suas características e objetivos, permaneceram na competência dos foros especial de Direito Administrativo (Conselho de Estado), o que afastou o critério orgânico para determinação da competência dos Tribunais Administrativos em favor de um critério material, relacionado à natureza da atividade da Administração.

Para facilitar este processo de identificação e divisão das competências judicantes segundo a natureza da atividade, alguns critérios foram elaborados pela jurisprudência francesa. O primeiro deles foi a já citada teoria dos *atos de autoridade* e dos *atos de gestão*, segundo a qual os contratos seriam considerados atos de gestão, sujeitos ao foro civil, enquanto os atos administrativos sujeitar-se-iam aos Tribunais Administrativos em razão de constituírem-se como decorrência dos poderes públicos estatais. Contraditoriamente, no entanto, logo as primeiras leis de contencioso administrativo atribuíram à jurisdição administrativa competência para apreciar conflitos resultantes da atividade contratual da Administração⁸⁰. Principalmente por razões de conveniência política, os contratos celebrados pela Administração passaram novamente à competência dos Tribunais Administrativos, embora ainda fossem considerados atos de gestão, segundo a jurisprudência francesa. A partir de então, todo o esforço do Direito Administrativo francês caminhou no sentido de procurar os limites da competência dos Tribunais Administrativos em matéria de contratos. Passou-se a entender, por exemplo, “*que só alguns dos contratos da Administração – precisamente aqueles que estivessem expressamente*

⁷⁸ RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981, p. 159.

⁷⁹ ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo Contrato Administrativo**, Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 26.

⁸⁰ Como nos dá conta a Lei francesa de pluviose do ano VIII.

*previstos em lei – se submeteriam à jurisdição administrativa, sendo os restantes da competência do foro judicial*⁸¹.

Aparece, assim, a primeira noção de contrato administrativo, em termos diferentes dos contratos privados da Administração⁸². Esta diferenciação entre os contratos administrativos e os contratos privados origina-se, portanto, na própria diferenciação criada na França entre jurisdição comum e jurisdição administrativa. Por isso não falta quem afirme preceder à ideia de contrato administrativo a concepção da dualidade de jurisdição, sendo a criação da figura do contrato administrativo uma necessidade imposta pela conveniência em se destacar alguma especialidade nos acordos firmados pela Administração, com o objetivo de procurar submetê-la a uma jurisdição especial, fora da estrutura de julgamento dos tribunais comuns⁸³.

Por outro lado, é certo que desde este momento inicial houve grande esforço da jurisprudência francesa para a afirmação substancial da especialidade do contrato administrativo em relação aos contratos ditos comuns ou de Direito privado. Sustentou-se – e quem assim o fez em primeiro lugar foi o Conselho de Estado francês⁸⁴ – que essas espécies de ajustes entre a Administração e os particulares não poderiam ser reguladas do mesmo modo e sob os mesmos princípios informadores de qualquer outro contrato firmado entre particulares. Devido à relevância pública das funções estatais, e do cometimento dessa responsabilidade aos particulares (que assumiam grande parcela dos ônus do poder público), era preciso criar um instrumento diferenciado, capaz de garantir a prestação dos serviços em condições satisfatórias à coletividade.

⁸¹ ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo Contrato Administrativo**, Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 29 e ss.

⁸² Id. Ibid., p. 34. Segundo Eduardo García de ENTERRÍA e Tomás Ramón FERNÁNDEZ: “*A distinção contratos – administrativos – contratos privados começa sendo uma distinção que atua exclusivamente no plano processual e que carece de toda transcendência no plano material ou substancial. A distinção surge inicialmente como uma exceção ao esquema estrutural dos atos de autoridade – atos de gestão, que foi justamente chamada primeira sistematização do Direito Administrativo*”. **Curso de Direito Administrativo**. Tradução Arnaldo Setti, colaboração Almudena Marín López e Elaine Alves Rodrigues. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 598-599.

⁸³ O jurista português Marcello CAETANO, a este respeito, bem observou que, em termos históricos, “*o que interessou para determinar o conceito de contrato administrativo foi a delimitação da competência dos tribunais administrativo na França*”. **Estudos de Direito Administrativo**. Lisboa: Edições Ática, 1974, p. 39.

⁸⁴ Como lembra LAUBARDÈRE: “*Esta distinção entre contratos administrativos e contratos de direito comum foi consagrada há muito pela jurisprudência (C. E., 31 de julho de 1912, Société des granits des Vosges, pág. 909, vista fiscal de L. Blum). Esta distinção não ressuscita a velha teoria dos atos de autoridade e dos atos de gestão, porque segundo esta teoria todos os contratos, quaisquer que foram, deviam considerar-se por definição como atos de gestão*”. **Manual de Derecho Administrativo**. Ed. Temis Libreria: Bogotá, 1984, p. 29.

Os contratos que envolvessem algum objetivo de interesse público passaram, então, a ser considerados essencialmente ou substancialmente administrativos, submissos a um regime especial de Direito Público, enquanto os demais contratos celebrados pela Administração permaneceram regidos pelo Direito Privado, ainda que também celebrados pela Administração⁸⁵. Esta concepção de especialidade da função administrativa foi trazida a lume pelo *leading case* da autonomia do próprio Direito Administrativo: a decisão do Tribunal de Conflitos Francês no Caso Blanco, em 1873. Tal decisão, considerada por muitos como um marco da substantivação do Direito Administrativo e da teoria do contrato administrativo na França, procurou evidenciar o fato de que o Direito Público e o Direito Privado não poderiam ser colocados no mesmo plano, pois seus modos de focalizar os fatos são diversos, como diversos são os princípios que os informam⁸⁶.

Com efeito, o papel da jurisdição administrativa francesa foi determinante para a formação dos elementos estruturadores da teoria do contrato administrativo, pois, como relata MENEZES DE ALMEIDA: “*Somente após a existência de posicionamento jurisprudencial a respeito é que a doutrina, a partir da obra de Gaston JÈZE, passa a discutir a teoria do contrato administrativo – este sujeito a regras especiais, ao lado dos contratos de Direito privado da Administração, sujeitos ao regime do Código Civil*”⁸⁷. E assim, ao teorizar sobre as

⁸⁵ A existência dessas duas espécies pertencentes ao gênero contratos da Administração (contratos administrativos e contratos de direito privado da Administração) é bem evidenciada na obra de JÈZE, estando por trás dessa classificação exatamente a tentativa de identificação de diferentes regimes jurídicos aplicáveis aos contratos celebrados pela Administração. Os diferentes tipos de contratos receberiam diferentes formas de regulação pelo Direito, a depender dos sujeitos que firmam o acordo e do objetivo que visam a atingir. Basicamente, quando o objeto consistisse no serviço público (concessão de serviço público), o contrato seria regido pelo Direito Público, por outro lado, quando não houvesse envolvimento de um serviço público, a Administração celebraria acordos em pé de igualdade com os particulares, sob o regime jurídico de Direito Privado. JÈZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo**, 6 volumes, Trad. Julio N. San Millan Almargo, Buenos Aires: Depalma, 1948.

⁸⁶ Segundo LAUBARDÈRE: “*Como direito especial, o direito administrativo francês é de recente criação: somente até o último terço do século XIX começou verdadeiramente a se manifestar. Durante longo tempo o direito administrativo se viu em meio a concepções civilistas e foi dominado por estas; o direito civil se considerava como direito comum, que somente se separava na medida em que textos expressos criavam regras especiais. Foi necessário um grande esforço para desprender o direito público destas tradições. Este esforço foi fruto da jurisdição administrativa como da doutrina dos autores que, sistematizando as regras jurisprudenciais, extraíram a originalidade do direito administrativo e o levaram a tomar consciência de sua própria existência. É preciso assinalar à LAFERRIÈRE como um dos que mais contribuíram para este esforço e como o primeiro daqueles grandes autores (Traité de la juridiction administrative, 1886); (...) logo no começo do século XX, a HARIOU, DUGUIT, JÈZE*”. LAUBARDÈRE, André de. **Manual de Derecho Administrativo**. Ed. Temis Libreria: Bogotá, 1984, p. 16.

⁸⁷ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro**. São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 122. De fato, Gaston JÈZE é reconhecidamente o “pai” da teoria do contrato

decisões do Conselho de Estado, a doutrina francesa consolidou o caráter de especialidade atribuído aos contratos administrativos, considerados autônomos e absolutamente inconfundíveis com os demais contratos celebrados pela Administração⁸⁸. A figura do contrato administrativo, agora considerado categoria jurídica autônoma, receberia, a partir das construções jurisprudências e doutrinárias, princípios próprios e inaplicáveis aos demais contratos regidos pelo Direito privado, como será destacado no tópico apropriado.

Por ora, o mais relevante a ser destacado é o fato de que o contrato administrativo passou a ganhar cada vez mais relevo na doutrina francesa e nos demais países por ela influenciados, com a sua inclusão nos manuais de Direito Administrativo e nas leis específicas sobre a matéria. Como destaca Pedro GONÇALVES: “*vencidas todas as resistências iniciais (...), o contrato administrativo acabou por se ver transformado numa figura essencial do direito administrativo de todos os países europeus, sendo pertinente considerá-lo um símbolo do pluralismo das formas da acção administrativa*”⁸⁹. Uma vez criado e aceito o instituto, a realidade vivenciada ainda no início do século XX não só fez emergir a possibilidade de celebração de avenças pela Administração⁹⁰, como também impulsionou o início de um movimento de larga expansão da figura do contrato nas atividades administrativas, para além das relações entre particulares⁹¹.

administrativo, desenvolvida a partir das decisões do Conselho de Estado Francês. Assim afirmam Georges VEDEL e Pierre DEVOLVÉ, **Droit Administratif**. 12ª ed. Paris: PUF, 1958, p. 369.

⁸⁸ Os principais teóricos do contrato administrativo na França nesse momento inicial foram: Leon DUGUIT (**Traité de Droit Constitutionnel**. 3ª ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, 1930. Tomo II, p. 434-435); Gaston JÈZE (**Principios generales del derecho administrativo**, 6 volumes, Trad. Julio N. San Millan Almargo, Buenos Aires: Depalma, 1948); Georges PÉQUIGNOT (**Théorie Générale du Contract Administratif**, Paris: A. Pédone, 1945); André de LAUBARDÈRE (**Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs**, III Tome, Librairie Générale de Droit Et, 1956); Marcel WALINE (**Droit Administratif**, 8ª éd. Paris, Sirey, 1959); Georges VEDEL e Pierre DEVOLVÉ (**Droit Administratif**. 12ª ed. Paris: PUF, 1958).

⁸⁹ GONÇALVES, Pedro. **O Contrato Administrativo: uma instituição do direito administrativo do nosso tempo**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 27.

⁹⁰ Na doutrina nacional, Caio Mário da Silva PEREIRA cita LAUBARDÈRE e JÈZE para afirmar que o conceito de contrato “*abrange o contrato de direito público, que prolifera nas atividades da Administração Pública, onde há coincidência de alguns extremos e diversificação quanto a outros*”. **Instituições de Direito Civil**, v. 3. **Contratos**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 7-8.

⁹¹ Como bem salienta Humberto THEODORO JÚNIOR: “*A idéia de contrato, para o direito, não se restringe ao campo das relações privadas. Ao contrário, trata-se de um conceito largamente aplicável a todas as áreas jurídicas e, por conseguinte, tanto ao direito privado como ao direito público. O acordo de vontades para criar, modificar ou extinguir direitos, é, na verdade, possível e comum entre os particulares, mas também é frequente e inevitável no relacionamento entre as pessoas de direito público e entre os particulares e os órgãos da administração pública*”. **O contrato e seus princípios**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1999, p. 58.

Ao contrário do século XIX, quando as relações entre a Administração Pública e os particulares eram reguladas essencialmente pelo Direito privado, o século XX é marcado pela substantivação ou autonomização do Direito Administrativo, como decorrência da expansão da atividade da Administração, especialmente, na prestação dos serviços públicos⁹². Enquanto no Estado Liberal o ato administrativo é a forma de atuação da Administração, a passagem para o Estado Social transforma esta visão do Direito Administrativo, ganhando relevo a figura do contrato administrativo. Assim observa Maria João ESTORNINHO:

“a Administração recorreu à colaboração dos particulares para que estes ajudassem a desempenhar as suas atividades de prestação de bens e serviços. Isto verificou-se numa época em que a Administração, considerando-se guardião do interesse público, pretendeu preservar aquilo que, de uma forma egoísta, entendia ser o seu monopólio mas a que, no fundo, já não conseguia dar resposta satisfatória. (...) Assim, a Administração por via contratual surge, no sistema francês, num momento relativamente recente e é encarada como uma verdadeira novidade. Foi o alargamento crescente da intervenção do Estado na vida social que, colocando a questão da eficácia da actuação administrativa, foi responsável por essa utilização mais alargada dos métodos contratuais”⁹³.

Justamente devido à larga expansão da figura do contrato administrativo na realidade prática, era preciso agora distinguir os contratos considerados administrativos, de um lado, sujeitos a regras especiais de direito público e submetidos aos Tribunais Administrativos, e, de outro, os contratos ditos de Direito comum, sujeitos ao regime do direito privado e à competência judicial⁹⁴. Fazia-se assim necessário estabelecer critérios seguros para diferenciar os contratos administrativos dos demais contratos celebrados pela Administração. O exame comparativo entre estas duas espécies passa a ser didaticamente necessário para se destacar as especificidades da figura do contrato administrativo, atribuindo-lhe particularidades não identificáveis em outras espécies de ajustes⁹⁵.

⁹² Referimo-nos ao momento em que o Estado assume a responsabilidade de dirigir os progressos do industrialismo, como a construção de grandes obras públicas, de estabelecimento de infraestruturas de transportes, telecomunicações, iluminação pública, abastecimento de água, enfim, momento em que o Estado assume tarefas que, para seu satisfatório desempenho, muitas vezes dependiam do auxílio de empresas privadas detentoras dos recursos financeiros suficientes. Nasceram, com isso, os grandes contratos de concessão de serviços públicos, inicialmente celebrados como contratos de direito privado.

⁹³ ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo Contrato Administrativo**, Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 54 e 59.

⁹⁴ LAUBARDÈRE, André de. **Manual de Derecho Administrativo**. Ed. Temis Libreria: Bogotá, 1984, p. 185.

⁹⁵ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Alteração unilateral do contrato administrativo: interpretação de dispositivos da Lei nº 8.666/93**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 40-41.

Em vista desta necessidade, as preocupações do Conselho de Estado Francês em matéria contratual ficaram voltadas, durante muitas décadas, para a tentativa de identificação do critério – preferencialmente único – capaz de qualificar o contrato como “administrativo”. Como observara LAUBARDÈRE: “*A primeira pergunta que se coloca, pois, é a de saber (...) qual é o critério para distinguir entre os contratos administrativos e os contratos de direito comum da administração*”⁹⁶. A verdade é que, ao longo de extenso período, inúmeros critérios foram utilizados pela jurisprudência e pela doutrina francesas na tentativa de evidenciar a natureza especial e diferenciada dos contratos administrativos em relação aos contratos de direito comum. Sem a pretensão de aprofundarmos o estudo nesta matéria, convém apenas fazer menção aos principais critérios identificados pela teoria do contrato administrativo como possíveis fatores ensejadores (ou justificadores) da sua especialidade.

1.4. Critérios para identificação da natureza “administrativa” do contrato

A obra de LAUBARDÈRE, MODERNE e DEVOLÈ⁹⁷ traça um completo panorama de como ocorreu a evolução da jurisprudência francesa quanto aos critérios para identificação dos contratos administrativos. Os autores dividem esta evolução em quatro momentos principais, a saber: (i) A jurisprudência anterior a 1912, quando predominava o critério do serviço público, inaugurado a partir do caso *Blancò*, de 8 de fevereiro de 1873, considerado um critério que serviu para afirmar a própria autonomia do Direito Administrativo em relação ao Direito comum; (ii) A jurisprudência a partir de 1912, com o julgamento do caso *Granits des Vosges*, de 31 de julho de 1912, que introduziu o critério das cláusulas exorbitantes do direito comum como critério fundamental para a qualificação de um contrato como “administrativo”; (iii) A jurisprudência a partir de 1956, com o julgamento do caso *Époux Bertin*, de 20 de abril de 1956, que representou a retomada do critério do serviço público como fator determinante para a classificação do contrato administrativo, sem eliminar a aplicação do critério da cláusula exorbitante; e (iv) A jurisprudência a partir de 1973, com o julgamento do caso *Société Rivière du Sant*, que representou uma evolução do critério da cláusula exorbitante para o critério do “regime exorbitante”, exterior à iniciativa ou vontade das partes.

⁹⁶ LAUBARDÈRE, André de. **Manual de Derecho Administrativo**. Ed. Temis Libreria: Bogotá, 1984, p. 26.

⁹⁷ LAUBARDÈRE, André de; MODERNE, Frank e DEVOLÈ Pierre. **Traité des Contrats Administratifs**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983, p. 144-243.

Os critérios de autonomização mais utilizados entre o final do século XIX e a primeira metade do século XX também são bem identificados e expostos na obra da autora portuguesa Maria João ESTORNINHO. Ao percorrer com criticidade o caminho da autonomização ou substantivação da figura do contrato administrativo, a autora destaca os mais importantes critérios utilizados pela jurisprudência e pela doutrina francesas para apartar de um lado os contratos considerados de Direito público e, de outro, os contratos que, a despeito de serem também celebrados pela Administração, continuariam regidos pelo Direito privado. Entre os principais critérios identificados pela autora situam-se os seguintes: (i) critério subjetivo; (ii) critério da jurisdição competente; (iii) critério do fim visado com o contrato (de imediata utilidade pública); (iv) critério do objeto de serviço público; (v) critério da natureza exorbitante dos direitos e deveres criados para as partes (cláusulas exorbitantes); (vi) critério misto do serviço público/cláusula exorbitante; (vii) critério do regime jurídico exorbitante ou do ambiente exorbitante; e (viii) critério estatutário⁹⁸.

Desnecessário tecer maiores considerações a respeito dos critérios da natureza jurídica das partes e da jurisdição competente. O primeiro considerava que, para ser administrativo, o contrato deve contar com a presença subjetiva da Administração⁹⁹. O segundo, também destituído de maior preocupação substantiva ou material, considerava “administrativo” os contratos sujeitos à jurisdição administrativa¹⁰⁰. Somente com a finalidade de imediata utilidade pública evolui-se para o reconhecimento de um critério material de qualificação do contrato como “administrativo”. Ao contrário dos dois critérios anteriores – puramente subjetivos ou “processuais” – o critério do fim de imediata utilidade pública reconhece uma certa relevância pública no objeto do contrato que se pretende celebrar, capaz de merecer um tratamento diferenciado pelo Direito. Assim, o contrato teria natureza administrativa quando a atividade que através dele se realiza fosse útil para a prossecução do interesse público. Ele tem estreita relação com o critério do serviço público adotado pela doutrina francesa a partir do início do

⁹⁸ ESTORNINHO, Maria João. **Réquier pelo Contrato Administrativo**. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 71-110.

⁹⁹ LAUBARDÈRE, André de; MODERNE, Frank e DEVOLVÈ Pierre. **Traité des Contrats Administratifs**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983. P. 144-243, p. 163.

¹⁰⁰ ENTERRÍA, Eduardo García de; e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Tradução Arnaldo Setti, colaboração Almudena Marín López e Elaine Alves Rodrigues. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 600 e ss.

século XX, que representou um dos primeiros e mais importantes critérios para autonomização do contrato administrativo¹⁰¹.

O critério do serviço público é bem retratado na obra de JÈZE¹⁰², para quem o contrato administrativo exige, para ser considerado como tal, o acordo de vontades entre a Administração e um particular, que tem por objeto a criação de uma obrigação jurídica de prestação de coisas materiais ou de serviços pessoais, mediante remuneração (em dinheiro ou de outro modo), destinada a assegurar o funcionamento de um serviço público. Em seus numerosos e aprofundados escritos sobre a figura do contrato administrativo, JÈZE tem sempre presente a ideia do serviço público como núcleo central do exercício da função administrativa do Estado, papel fundamental e legitimador do regime especial aplicável aos contratos administrativos¹⁰³. O autor define o contrato administrativo como “*um procedimento de técnica jurídica posto à disposição dos agentes públicos para assegurar o funcionamento regular e contínuo dos serviços públicos*”, e assevera: “*unicamente para se atender a um fim de interesse*

¹⁰¹ Aqui, vale fazer uma breve referência à importância da noção de serviço público como núcleo fundamental do Direito Administrativo. Com efeito, enquanto a noção de serviço público “*não é, na teoria de HAURIOU, o elemento legitimador das prerrogativas públicas, mas sim o interesse geral que comete ao Estado o dever de prestar serviços públicos essenciais à vida privada e de garantir a ordem pública*” (Cf. PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2010, p. 31), na obra de DUGUIT ele (o serviço público) assume a posição de critério de identidade do Direito Administrativo. A partir do momento em que o serviço público ergue-se como o grande fundamento do Direito Administrativo e da competência do Juiz Administrativo, ele passa a servir também para delimitar o conceito de contrato administrativo. Tudo o que diz respeito à organização e ao funcionamento dos serviços públicos passa a ser considerado inserido no âmbito do Direito Administrativo. A nova escola do serviço público afasta o Direito Público das relações desiguais de poder-sujeição, e passa a considera-lo um conjunto de regras e princípios essenciais para determinar a organização e o funcionamento regular e ininterrupto dos serviços públicos. A este respeito, assinala LAUBARDÈRE: “*O conceito de serviço público somente veio a aparecer a partir de fins do século XIX. Anteriormente se utilizava outra ideia, pelo menos na doutrina, como fundamento do direito administrativo. Dizia-se que o Estado era uma pessoa jurídica dotada de uma qualidade particular: a soberania ou poder público; suas relações com os particulares são relações entre pessoas desiguais; o direito privado idealizado para pessoas iguais entre si, não pode ser válido para as relações do Estado e dos indivíduos; esta é a razão para que exista um direito especial para ditas relações e aquela, a justificação do direito administrativo*”. **Manual de Derecho Administrativo**. Ed. Temis Libreria: Bogotá, 1984, p. 23. Como observa ESTORNINHO: “*Para a chamada ‘Escola do serviço público’ de JÈZE, DUGUIT e BONNARD, a noção de serviço público era verdadeiramente ‘a pedra angular’ (JÈZE) do Direito Administrativo. Ao definir o Direito Administrativo como ‘o direito dos serviços públicos’, pretendia-se dar à noção de serviço público função primordial de servir simultaneamente de fundamento e de campo de aplicação do direito administrativo*”. Cf. ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo Contrato Administrativo**, Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 84.

¹⁰² JÈZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo**, 6 volumes, Trad. Julio N. San Millan Almargo, Buenos Aires: Depalma, 1948, vol. 4-6, p. 307 e ss.

¹⁰³ Repare-se, porém, que JÈZE deixava para a intenção das partes o critério de definição do contrato como público ou privado.

público (serviço público) é que esse procedimento técnico especial foi imaginado e pode ser utilizado”¹⁰⁴.

Mais adiante, com a chamada crise do serviço público originada tanto do desenvolvimento da gestão privada (serviços industriais e comerciais) quanto da própria indefinição sobre o conceito de serviço público na doutrina e na jurisprudência¹⁰⁵, o critério do serviço público foi aos poucos perdendo força diante de um critério novo: o das cláusulas exorbitantes¹⁰⁶, segundo o qual: “*a singularidade do contrato administrativo veio a identificar-se pelo facto de ele extravasar o âmbito da atividade contratual privada, contendo cláusulas que os particulares não podem incluir nos contratos que entre si celebram*”¹⁰⁷.

O critério da natureza exorbitante dos direitos e deveres criados para as partes (cláusulas exorbitantes) foi o que mais fez ressoar a natureza especial dos contratos administrativos em relação aos contratos de direito privado, e serviu, ao mesmo tempo, de fundamento para a sua regulação jurídica de modo distinto do tratamento dispensado a qualquer outra espécie de contrato prevista no ordenamento. O contrato administrativo seria assim caracterizado em função da presença de cláusulas exorbitantes, que significam a incidência das normas de direito público consideradas ilícitas no âmbito das relações entre os particulares¹⁰⁸, enquanto as demais cláusulas, geralmente as cláusulas econômicas, seriam regidas pelo Direito privado.

¹⁰⁴ JÈZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo**, 6 volumes, Trad. Julio N. San Millan Almargo, Buenos Aires: Depalma, 1948, vol. 4-6, p. 307 e ss. Vale fazer nota, no entanto, de uma diferença fundamental entre a visão de DUGUIT e a de JÈZE, bem pontuada na obra de MENEZES DE ALMEIDA: “*enquanto para JÈZE a invocação do serviço público justifica o regime especial dos contratos administrativos, para DUGUIT esse elemento não modifica a essência do contrato (enquanto ‘categoria jurídica’) e todas as consequências daí decorrentes*”. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro**. São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 141 e p. 187.

¹⁰⁵ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Alteração unilateral do contrato administrativo: interpretação de dispositivos da Lei nº 8.666/93**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 45.

¹⁰⁶ É certo que tal critério foi precedido pelo critério defendido por Marcello CAETANO, o da sujeição especial do particular, que funcionou como um embrião do critério das cláusulas exorbitantes. Através desse critério, o autor credita à posição de supremacia da Administração na relação contratual a natureza diferenciada e especial do contrato administrativo. **Estudos de Direito Administrativo**. Lisboa: Edições Ática, 1974, p. 54.

¹⁰⁷ ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo Contrato Administrativo**, Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 93.

¹⁰⁸ Este critério é identificado por Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, para quem: “*De conseguinte, as prerrogativas da Administração no chamado contrato administrativo são reputadas existentes por força da ordenação legal ou das cláusulas exorbitantes da avença. Evidentemente, ‘exorbitância’ ocorre em relação ao Direito Privado e consiste em abrigar disposições nele inadmissíveis ou incomuns*”. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 595.

A partir das cláusulas exorbitantes, não faltaram vozes que apontaram como definitivamente resolvida a questão dos critérios para identificação da natureza administrativa de um determinado contrato celebrado pela Administração¹⁰⁹. Mas a jurisprudência francesa, pouco depois, veio novamente consagrar o critério do serviço público alternativamente ao das cláusulas exorbitantes, estabelecendo assim um critério misto do serviço público e das cláusulas exorbitantes, com este último assumindo um carácter subsidiário¹¹⁰. Não demorou muito, porém, devido a dificuldade de se precisar o conteúdo material do serviço público para efeito de classificação do contrato, para que a jurisprudência voltasse a privilegiar o critério das cláusulas exorbitantes, indo ainda mais além para reconhecer que o carácter exorbitante do contrato ensejava a incidência de prerrogativas independentemente da vontade das partes:

“A inserção de cláusulas exorbitantes num determinado contrato foi encarada inicialmente como um indício claro da vontade das partes de colocarem o seu contrato sob a égide do Direito Administrativo. O facto de elas inscreverem no seu contrato cláusulas que pela sua própria natureza derogam o Direito Privado significava que se pretendia celebrar um contrato administrativo. Esta visão inicial corresponde a uma concepção voluntarista do contrato administrativo, na qual a cláusula exorbitante tem um fundamento subjectivo. Aos poucos, contudo, foi-se forçado a reconhecer que **o carácter exorbitante do contrato poderia ser mais amplo do que aquele que resultasse de cláusulas expressamente formuladas e que, por outro lado, as exigências do interesse público poderiam inclusivamente impor-se contra a própria vontade das partes**. A partir de determinado momento, passou a admitir-se a possibilidade de os elementos exorbitantes que determinam a qualificação do contrato ‘virem do exterior’ (LAUBARDÈRE), não resultando diretamente da vontade das partes”¹¹¹.

Esta passagem marca a transição do critério das cláusulas exorbitantes para o do regime jurídico exorbitante, evoluindo-se para o critério do ambiente exorbitante, no qual não é mais a presença de uma ou algumas cláusulas exorbitantes que faz o contrato tornar-se

¹⁰⁹ Como destaca Maria João ESTORNINHO: “*julgou-se ter ficado resolvida definitivamente a questão, ao ponto de se afirmar que, se existia ‘um problema do Direito administrativo que parecia ter atingido, e de forma duradoura, o seu ponto de equilíbrio’ (PROSPER WEIL), ele era certamente o do critério do contrato administrativo! Isso ocorreu em meados da década de 50 do século passado, quando a teoria do serviço público foi superada como critério definidor da natureza jurídico do contrato celebrado pela Administração*”. **Réquiem pelo Contrato Administrativo**, Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 71.

¹¹⁰ O que se deu em 1956, nos casos Bertin e Grimouard, como recorda GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Alteração unilateral do contrato administrativo: interpretação de dispositivos da Lei nº 8.666/93**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 47.

¹¹¹ ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo Contrato Administrativo**, Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 94-95.

administrativo, mas sim um conjunto de cláusulas exorbitantes¹¹². A especialidade do contrato administrativo, segundo este critério, residiria no fato de que ele se encontra sujeito a um regime jurídico exorbitante em comparação ao Direito privado, que extrapola os limites considerados normais em uma relação contratual regida pelo Direito comum. O Direito Administrativo corresponderia, assim, a um Direito especial, na medida em que apenas regula “a organização, a actuação e as relações de certa classe de sujeitos, subtraindo-os nessa medida à incidência do direito aplicável ao comum das pessoas”¹¹³.

Anos mais tarde, LAUBARDÈRE apontaria os critérios para determinar o contrato administrativo, capazes de justificar o seu regime especial. Ao invés de limitar-se à indicação de apenas um, o autor propõe a combinação dos seguintes critérios: a) a participação de uma pessoa pública no contrato; b) a ligação com o funcionamento de um serviço público; c) a opção pelo regime de direito público, a qual decorre ou da participação do contratante particular na execução mesma do serviço, ou da inserção no contrato das chamadas “cláusulas exorbitantes”¹¹⁴. A combinação de critérios para determinação da natureza administrativa do contrato também é encontrada em outras publicações da França ou de países por ela influenciados, a exemplo de Portugal e da Argentina. Para Marcello CAETANO¹¹⁵, por exemplo, os elementos essenciais do contrato administrativo seriam a capacidade das partes, o consentimento, o elemento formal, o fim de interesse público e a presença da Administração

¹¹² O critério estatutário identifica-se com o do regime exorbitante, enquanto sujeição ao regime jurídico do Direito Administrativo. Vale observar que este é o critério atualmente adotado em Portugal para qualificação do contrato como administrativo, decorrente da norma prescrita no artigo 178.º/1 do CPA, que se baseia no conceito de relação jurídica administrativa (critério estatutário).

¹¹³ SÉRVULO CORREIA, José Manuel. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coleção teses. Coimbra: Almedina, 2003, p. 394. Tal critério aproxima-se do critério alemão, que consiste na noção de o contrato jurídico-público do direito alemão é determinado quando estão em causa relações típicas de direito público, ou situação de exercício da função administrativa, já que estes contratos são considerados alternativos em relação aos atos administrativos. ESTORNINHO considera o critério estatutário, contudo, um verdadeiro “não-critério”, pois através dele tudo passa a depender da lei, inexistindo propriamente um critério substantivo ligado à natureza do próprio contrato. Não há uma causa para definir o contrato como administrativo, mas a própria consequência (o regime jurídico) é levada em consideração para determinar a sua natureza. Cf. **Réquier pelo Contrato Administrativo**, Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 107.

¹¹⁴ LAUBARDÈRE, André de. **Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs**, III Tome, Librairie Générale de Droit Et, 1956, p. 182-240.

¹¹⁵ CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. Tomo I. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1970, p. 514-519.

como um dos sujeitos da relação jurídica. Também BERÇAITZ arrola esses elementos como essenciais e acrescenta o regime jurídico especial¹¹⁶.

Mas, em que pese todo o esforço doutrinário, é certo que a doutrina e a jurisprudência ainda hoje convivem com uma dificuldade em estabelecer o critério único, capaz de afirmar, por si só, a presença de um contrato administrativo diferente dos contratos regidos pelo direito comum. Justamente por isso alguns autores afirmam inexistir diferenças relevantes entre os contratos administrativos e os contratos privados da Administração, advogando ser inócua a tentativa de encontrar um critério único para determinar a “natureza” administrativa do contrato¹¹⁷. A dificuldade, contudo, não pareceu suficiente para impedir a ampla aceitação da teoria do contrato administrativo de matriz francesa em inúmeros países da Europa Continental e da América do Sul, inclusive em países onde inexistia a dualidade de jurisdição, como o Brasil.

A prevalência da teoria do contrato administrativo é acompanhada da predominância de dois critérios quase sempre presentes para determinar a natureza administrativa de determinado contrato: o critério das cláusulas exorbitantes e o critério do serviço público¹¹⁸.

¹¹⁶ BERÇAITZ, Miguel Ángel. **Teoría General de los contratos administrativos**. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 343-364.

¹¹⁷ ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo Contrato Administrativo**, Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003. Comentando sobre o tema, GUIMARÃES pondera que: “*O que se observa, pelo panorama que se traça da evolução jurisprudencial francesa, é que os critérios construídos à explicação/qualificação do contrato administrativo suscitam inúmeras dificuldades e misturam-se numa verdadeira simbiose dogmática. Por isso o alvitre de alguns no sentido de que as diferenças entre os contratos da Administração Pública de fato não existem, sendo inócua a tarefa tão incessante empunhada pela doutrina e jurisprudência francesas (como, de resto, pela doutrina universal) de busca do critério “mágico” determinante da natureza do contrato administrativo*”. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Alteração unilateral do contrato administrativo: interpretação de dispositivos da Lei nº 8.666/93**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 50.

¹¹⁸ Nesse sentido destacam Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ: “*A jurisprudência francesa atual continua aceitando a existência de contratos administrativos por sua natureza, que são tais a falta de texto expreso neste sentido, em razão de sua vinculação a um serviço público (no sentido amplo de interesse público) e da inclusão nos mesmos de cláusulas exorbitantes do Direito Comum. A estes contratos se lhes dá um tratamento singular e distinto que os contratos qualificados de privados, fazendo entrar em jogo as prerrogativas administrativas (que se consideram implícitas nos mesmos na falta de uma cláusula que as mencione expressamente) e a competência dos tribunais da jurisdição contencioso-administrativa*”. **Curso de Direito Administrativo**. Tradução Arnaldo Setti, colaboração Almudena Marín López e Elaine Alves Rodrigues. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990. p. 602. Também na obra de Jean RIVERO esses dois critérios são considerados estruturais para a teoria dos contratos administrativos: “*Mas, para além dos contratos administrativos por determinação da lei, foi a jurisprudência que teve de resolver o problema e definir os critérios dos contratos administrativos por natureza. As soluções que dela desenvolveu ligam-se a três elementos: 1º - As partes do contrato: um contrato só é administrativo se uma das partes for uma pessoa coletiva de direito público. 2º - O objeto do contrato: é administrativo todo contrato cujo objeto se liga à própria execução do serviço público. 3º - As cláusulas do contrato: quando um contrato não tem por objeto confiar a execução do serviço a um*

Aos dois critérios ditos materiais se somaria um terceiro critério, de natureza orgânica ou subjetiva, que diz respeito à presença de ao menos uma pessoa pública como parte no contrato¹¹⁹. Porém esse critério, apesar de ser bastante indicativo da natureza administrativa do contrato, tem sido relativizado pela doutrina mais atual, tendo em vista a possibilidade de situações em que *“há a presença de uma pessoa pública (ou mesmo casos em que todas as partes sejam públicas) e o contrato não seja administrativo; como pode haver casos de contratos administrativos entre pessoas privadas”*¹²⁰.

Prevalecem, pois, os dois critérios materiais, em detrimento do critério subjetivo. Apesar das hesitações da jurisprudência francesa em relação à necessidade de verificação cumulativa dos dois critérios (dos serviços públicos e das cláusulas exorbitantes) para considerar um determinado contrato como “administrativo” e, portanto, sujeitá-lo ao regime especial de direito público e à jurisdição administrativa, a jurisprudência acabou por reconhecer a alternatividade dos critérios, ou seja, pela suficiência da presença de apenas um dos critérios para a atribuição da natureza “administrativa” de um dado contrato¹²¹. Quando presente, um dos critérios é capaz de dotar o contrato de um regime jurídico peculiar, especialmente voltado à proteção do interesse público consubstanciado no objeto do ajuste firmado pela Administração: o chamado **regime jurídico do contrato administrativo**.

O melhor conhecimento acerca dos traços característicos predominantes desse regime especial constitui passo essencial no estudo do tema da consensualidade aplicado aos contratos, notadamente sob a perspectiva da margem efetiva de consenso admitida nessas espécies de ajustes. Por isso, a relação entre o exercício do consenso próprio da teoria geral do contrato e as prerrogativas públicas de autoridade que marcam a construção do Direito Administrativo moderno em geral – e a teoria do contrato administrativo, em particular –, será objeto de estudo

particular, só é administrativo se contiver uma cláusulas exorbitante do direito comum. (...) A aplicação desses critérios nunca foi fácil. Mas nestes últimos anos a jurisprudência introduziu exceções e matizes que levam certos autores a por em causa os seus próprios critérios. No entanto continuam a ser a base do direito positivo, e é a partir deles que se pode compreender a sua evolução”. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981, p. 133.

¹¹⁹ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro**. São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 178-179.

¹²⁰ RIVERO, Jean; e WALINE, Jean. **Droit Administratif**. 21^a éd. Paris: Dalloz, 2006, p. 383.

¹²¹ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif**. 11^a éd. Paris: Montchrestien, 2009, p. 467.

mais detido nos tópicos seguintes da Dissertação, a começar pela delimitação do conteúdo atribuído pela teoria ao regime jurídico de algumas espécies de contratos da Administração, capaz de conferir-lhes um tratamento específico e diferenciado em relação a qualquer outra modalidade de ajuste conhecida até então.

1.5. O regime jurídico do contrato administrativo

Depois de firmar as bases de sua autonomia, o Conselho de Estado francês procurou identificar quais os poderes ou sujeições inerentes ao contrato administrativo, ou seja, qual o seu regime jurídico¹²². A primeira preocupação daquela jurisprudência foi assim delinear o regime dos contratos administrativos por algumas características consideradas essenciais, a partir da necessidade de se atribuir caráter de especialidade a todos os atos celebrados pela Administração. Os contratos entabulados pela Administração seriam completamente submissos a um regime especial de Direito público, cujo caráter especial decorreria diretamente da necessária posição de supremacia ocupada pela Administração quando contrata com particulares (no exercício da função de tutora do interesse público).

Esta é, de fato, uma nota comum nas decisões do Conselho de Estado francês e nas obras doutrinárias mais expressivas de início do século XX. Lembre-se que, na França, a ideia central era a de que o interesse geral representado pelo Estado deveria prevalecer sobre o interesse privado, impondo um regime especial só implementável por juízes especiais (juízes administrativos). O regime jurídico-administrativo expresso na obra de HARIOU enuncia as notas peculiares da *Puissance Publique*: a presença de poderes exorbitantes do Direito comum e a autoexecutoriedade das ações administrativas¹²³.

A partir das decisões do Conselho de Estado, como vimos, o primeiro teórico a trazer a ideia de regime jurídico-administrativo para o âmbito dos contratos foi JÈZE, com o particular reconhecimento da noção de *serviço público* como fundamento do Direito público. Na obra de JÈZE, o regime jurídico do contrato administrativo é construído a partir da ideia de que o serviço público deve ser assegurado sem interrupções, o que, ao menos em tese, justifica

¹²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 596.

¹²³ HARIOU, Maurice. **Précis de Droit Administratif et de droit public general**. Paris: Recueil Sirey, 1921, p. 2-10.

a exigência de adaptações por parte do contratante público. A nota típica do contrato administrativo, nesse sentido, é atribuída ao regime exorbitante ou de prerrogativas materializado através das chamadas cláusulas exorbitantes ou derogatórias do direito comum.

Gastón JÈZE inaugura na doutrina a divisão dos contratos celebrados pela Administração em duas grandes categorias: (i) os contratos administrativos: celebrados em vista de se assegurar o funcionamento de um serviço público, submetidos a regras especiais (regime jurídico de direito público); e (ii) os contratos de direito civil: regidos pelo direito privado¹²⁴. Trata-se de um verdadeiro “divisor de águas”, capaz de afirmar a supremacia da Administração e coloca-la em posição de verticalidade em relação ao particular¹²⁵. Considerado o “pai” da teoria dos contratos administrativos, JÈZE defendia a ideia de que a Administração poderia escolher entre a celebração de um contrato regido pelo Direito público e a celebração de um contrato regido pelo Direito privado, o que implicaria na aplicação de regimes jurídicos distintos¹²⁶. Foi a partir de JÈZE que a dicotomia contratos administrativos *versus* contratos da Administração impregnou-se na doutrina francesa¹²⁷.

Em termos de regime jurídico, todo contrato administrativo estaria regulado por um regime especial, predador de cláusulas exorbitantes, consideradas com o sentido próprio de normas jurídico-públicas incidentes sobre qualquer contrato que seja considerado “administrativo”. Ou seja, o contrato administrativo seria regido por um conjunto de regras especiais, as quais, se não afastam por completo as regras aplicáveis aos contratos jurídico-privados, a elas excepcionam-se. Como o princípio fundamental do contrato administrativo é a busca pela prossecução do interesse público, são identificadas no mínimo três características de seu regime jurídico: (i) a mutabilidade de suas cláusulas; (ii) a posição do particular como colaborador da Administração; e (iii) o exercício de prerrogativas de autoridade pela

¹²⁴ JÈZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo**, 6 volumes, Trad. Julio N. San Millan Almargo, Buenos Aires: Depalma, 1948, vol. 4-6, p. 305.

¹²⁵ Lembra GIACOMUZZI que: “a Administração sempre ‘precisou’ de normas especiais a fim de exercer seu poder (*puissance publique*), um poder que era, de certa forma, requerido e em larga medida aceito pela sociedade. E, ao contrário do que afirmam alguns autores que negligenciam a pesquisa histórica, essas normas especiais têm sido desenvolvidas desde antes da Revolução Francesa, e no caso brasileiro desde o Império”. **Estado e Contrato: supremacia do interesse público “versus” igualdade. Um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 86.

¹²⁶ JÈZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo**, 6 volumes, Trad. Julio N. San Millan Almargo, Buenos Aires: Depalma, 1948, vol. 4-6, p. 298.

¹²⁷ RIVERO, Jean; e WALINE, Jean. **Droit Administratif**. 21ª éd. Paris: Dalloz, 2006, p. 100 e ss.

Administração. Tais características traduzem-se na teoria das exorbitâncias do contrato administrativo, segundo a qual a ideia de cláusulas exorbitantes é implícita ao contrato, sujeitando o particular à posição de supremacia exercida pela Administração-contratante¹²⁸.

As cláusulas exorbitantes seriam, pois, capazes de desequilibrar a relação e impor condições exorbitantes, predadoras da prerrogativa de unilateralmente poder alterar, rescindir, intervir, fiscalizar e punir o particular. Nesta concepção, as cláusulas exorbitantes representam o afastamento dos princípios contratuais da igualdade, da autonomia da vontade, da força obrigatória das convenções e do princípio da relatividade das convenções, pois no contrato administrativo tudo isso perde razão diante da força imperativa das prerrogativas públicas. Como destaca Pedro GONÇALVES: “*o que está em causa no contrato administrativo de modelo francês é portanto a exigência de sujeitar, em bloco, certos contratos da Administração a um conjunto de regras especiais, a um regime jurídico especial que, em pontos concretos, se afasta do regime geral dos contratos de direito privado*”¹²⁹.

Através do regime de prerrogativas representado pela presença de cláusulas exorbitantes, a Administração reafirma a sua *Puissance Publique*, ou seja, o seu poder em face dos particulares, em vista da necessidade de garantir a satisfação do interesse público substanciado no contrato¹³⁰. O contrato administrativo é assim tipificado em função da existência explícita ou implícita de cláusulas capazes de bem caracterizar a supremacia ou predominância em que se coloca a Administração na relação contratual, ao contrário do contrato privado, em que a posição contratual é de igualdade.

A cláusula exorbitante dará a tipificação de “administrativo” ao contrato firmado pela Administração. Não é a simples presença do Poder Público, nem o objeto de serviço público. Para a teoria do contrato administrativo francesa é, sobretudo, o critério das cláusulas exorbitantes (ainda que combinado com outros critérios, como o do serviço público) o fator

¹²⁸ Sustentam JÈZE e BONNARD que o poder de modificação unilateral do contrato administrativo constitui preceito de ordem pública, e, como tal, a Administração não pode renunciar previamente à faculdade de exercê-lo. JÈZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo**, 6 volumes, Trad. Julio N. San Millan Almargo, Buenos Aires: Depalma, 1948, vol. 4-6, p. 307 e ss; e BONNARD, Roger. **Précis de droit administratif**, Paris: Librairie de la société du recueil J. B. Sirey, 1935, p. 375 e ss.

¹²⁹ GONÇALVES, Pedro. **O Contrato Administrativo: uma instituição do direito administrativo do nosso tempo**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 18.

¹³⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 596.

determinante para a “administrativação” de determinado instrumento contratual. Assim explica André de LAUBARDÈRE:

“(…) a peculiaridade da teoria dos contratos administrativos se traduz sobretudo nos poderes exorbitantes da administração, baseados na primazia do interesse do serviço público, e culmina na eliminação de certos princípios que constituem a base do direito civil. A administração tem um poder de controle sobre a execução do contrato. (...) Em termos gerais se admite que ao contrário do contrato civil, o contrato administrativo não é rigidamente imodificável: a administração pode, quando as necessidades do serviço público assim o exijam, impor ao seu contratante certas mudanças nas condições de execução do contrato”¹³¹.

Nesse sentido, os principais traços característicos do regime especial dos contratos administrativos podem ser sintetizados a partir das prerrogativas da Administração que traduzem os poderes públicos incidentes sobre os contratos administrativos, do que são exemplos: (i) o privilégio de execução direta (autoexecutória); (ii) o poder de interpretação das cláusulas contratuais; (iii) o poder de fiscalização; (iv) o poder de direção; (iv) o poder de sanção (acompanhado da prerrogativa de autoexecutoriedade); (v) o poder de modificação unilateral “*ius variandi*” (talvez a nota mais característica da exorbitância do contrato¹³²); e, ainda, (vi) o poder de rescisão unilateral do contrato¹³³. Todos esses traços do regime jurídico administrativo são, em geral, reconhecidos e aceitos pela doutrina dos países que adotaram o modelo francês de contratos administrativos, com alguma variação. O núcleo do regime jurídico administrativo dos contratos administrativos é, contudo, invariável: a presença de prerrogativas de ação unilateral e autoexecutória pela Administração, de um lado, e a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro, de outro.

Embora seja comum que tais cláusulas exorbitantes constem do próprio instrumento contratual, o principal atributo de tais prerrogativas de ação unilateral é que elas se aplicam *ex vi lege*, ou seja, independentemente de previsão no contrato, fazendo sentido se falar, nesses

¹³¹ LAUBARDÈRE, André de. **Manual de Derecho Administrativo**. Ed. Temis Libreria: Bogotá, 1984, p. 26 e ss.

¹³² No que diz respeito ao *jus variandi*, vale lembrar que “desde o caso ‘Cie. Nouvelle du Gaz de Deville-Lès-Rouen’, decidido pelo Conselho de Estado em 1902, e especialmente depois do caso ‘Cie. Générale Française des Tramways’, de 1910, o poder de fazer alterações unilaterais (*pouvoir de modification unilatérale*) tem sido conferido à Administração, desde que as alterações não afetem as ‘cláusulas financeiras’ do contrato”. Cf. GIACOMUZZI, José Guilherme. **Estado e Contrato: supremacia do interesse público “versus” igualdade. Um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 46-47.

¹³³ LAUBARDÈRE, André de; MODERNE, Frank e DEVOLVÈ Pierre. **Traité des Contrats Administratifs**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983, p. 697-715.

casos, de *poderes implícitos*. São implícitas, pois, aquelas cláusulas que, mesmo não escritas ou mencionadas no contrato, representam direitos e obrigações atribuídos à Administração Pública em razão da posição de superioridade da Administração na relação contratual. Segundo ENTERRÍA e FERNANDEZ:

“A prerrogativa do poder público por excelência com que a Administração conta em seus contratos administrativos é, sem dúvida nenhuma, o privilégio da decisão unilateral e executória, prévia ao conhecimento judicial, que impõe ao contratista o dever de seu cumprimento imediato com a obrigação de impugnação contencioso-administrativa se está desconforme com a legalidade. (...) **Pois bem, este formidável poder não resulta propriamente do contrato mesmo, mas da posição jurídica geral da Administração, de seu privilégio geral de autotutela, que já conhecemos, de modo que é em si mesmo extracontratual**”¹³⁴.

Como bem destaca GIACOMUZZI, o excepcionalismo do Direito Administrativo e, em especial, do contrato administrativo, é até hoje reafirmado pela jurisprudência francesa com naturalidade, a exemplo do *Rapport Public du Conseil d’État* de 1999, sob a rubrica “L’Intérêt Général”: “a relação desigual entre as partes no contrato [...] constitui uma das especificidades do contrato administrativo em comparação com o contrato privado. É em nome do interesse geral que a Administração contratante dispõe de certos meios de ação unilaterais, como o poder de modificar o contrato e de aumentar os encargos do contratante, aí compreendidos no plano financeiro, ou ainda o poder de rescindir unilateralmente o contrato no interesse do serviço”¹³⁵. É certo que a esta desigualdade contrapõe-se o direito do particular que contrata com a Administração de ver garantido o equilíbrio econômico-financeiro da contratação, como contraponto às prerrogativas asseguradas ao Poder Público¹³⁶.

Devido à influência exercida pela França na formação jurídica da Europa de finais do século XIX, especialmente em matéria de Direito Público, a teoria do contrato administrativo, acompanhada das cláusulas exorbitantes, passou a ser amplamente adotada por inúmeros outros

¹³⁴ ENTERRÍA, Eduardo García de; e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Tradução Arnaldo Setti, colaboração Almudena Marín López e Elaine Alves Rodrigues. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 606.

¹³⁵ GIACOMUZZI, José Guilherme. **Estado e Contrato: supremacia do interesse público “versus” igualdade. Um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 87.

¹³⁶ LAUBARDÈRE, André de; MODERNE, Frank e DEVOLVÈ Pierre. **Traité des Contrats Administratifs**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983, p. 716.

sistemas jurídicos nacionais, a exemplo da Espanha¹³⁷, de Portugal¹³⁸ e dos países latinos em geral – inclusive o Brasil¹³⁹. No Direito Administrativo argentino, por exemplo, Héctor Jorge ESCOLA, após admitir que a atividade administrativa está dirigida a satisfazer os interesses públicos (as necessidades coletivas, do grupo social), define o contrato administrativo como *“aquellos contratos celebrados por la administración publica con una finalidad de interés público y en los cuales, por tanto, pueden existir cláusulas exorbitantes del derecho privado o que coloquen al cocontratante de la administración pública en una situación de subordinación respecto de ésta”*¹⁴⁰.

Mesmo o Direito italiano, embora resistente à autonomização da figura e da aposição do adjetivo “administrativo” aos contratos, acabou influenciado pela teoria de matriz francesa. Basta ver que o Direito italiano atual comporta uma série de regras especiais em matéria dos

¹³⁷ ENTERRÍA, Eduardo García de; e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Tradução Arnaldo Setti, colaboração Almudena Marín López e Elaine Alves Rodrigues. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 597-612.

¹³⁸ CAETANO, Marcello. **Estudos de Direito Administrativo**. Lisboa: Edições Ática, 1974, p. 39-53;

¹³⁹ É bem verdade que o fenômeno da exorbitância também pode ser encontrado em sistemas da “common law”, embora não pelas mesmas razões históricas. A este respeito, são pertinentes as observações de GIACOMUZZI: *“a exorbitância é um fenômeno comum ao direito dos contratos administrativos norte-americano, francês e brasileiro. (...) Mas as razões pelas quais ela existe, as funções que a exorbitância exerce, suas origens e sua amplitude nos três sistemas jurídicos variam e são ao mesmo tempo fluidas e, principalmente, pouco estudadas. De toda forma, quaisquer que sejam essas razões, o que distingue os contratos públicos dos contratos privados é – repito – precisamente o caráter exorbitante de algumas normas relativas aos contratos administrativos. Nesse sentido, a exorbitância é a razão de ser do direito dos contratos administrativos, isto é, a exorbitância é a razão pela qual um contrato público deve (ou não) ser considerado diferente de um contrato privado.* GIACOMUZZI, José Guilherme. **Estado e Contrato: supremacia do interesse público “versus” igualdade. Um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 33. Por outro lado, não se pode negar que, ao menos na Inglaterra e nos Estados Unidos, não houve a internalização da teoria do contrato administrativo francês tal como ocorreu em inúmeros países da Europa continental e da América Latina. Como ressalta Oscar A. CUADROS: *“Más allá de las apreciaciones prácticas que de modo incontrastable se imponen a toda construcción teórica, parece claro que, al menos en Inglaterra y los Estados Unidos, las pautas básicas de interpretación del sistema no resultan favorables a admitir la existencia de un régimen diferencial de los contratos públicos, vale decir, a una teoría singular que los distinga del género contratos. Así lo afirma expresamente cierta doctrina; así resulta de la no inclusión de la temática en los textos de administrative law; (...). Así surge de la exclusión aplicativa a la materia contractual que se formula en la sección IV de la Administrative Procedure Act (1946) de los Estados Unidos; y así lo refleja la circunstancia de que, en general, los textos específicos de contratos del Estado refieran a las competencias de los funcionarios actuantes y al modo procedimental en que estos deben expresar válidamente los compromisos que asume el Estado mediante su representación”*. **El Estado y la legalidad convencional**. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 27 set. 2013.

¹⁴⁰ ESCOLA, Héctor Jorge. **Compêndio de Derecho Administrativo**. Volumen II. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990, p. 611 e 614.

contratos da Administração que resultam na incidência de verdadeiro regime especial¹⁴¹. De acordo com GIANNINI, a doutrina e a jurisprudência italianas reconhecem que todos esses poderes são resultado do exercício de potestades públicas externas à relação contratual em si, tendo como fundamento interesses públicos em nome dos quais a norma confere a prerrogativa de modificação ou extinção do contrato¹⁴².

Enfim, o regime jurídico dos contratos administrativos, originário da França, é uma realidade que se expandiu para inúmeros sistemas jurídicos, sempre com a ideia da

¹⁴¹ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro**. São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 192.

¹⁴² A respeito dos contratos celebrados pela Administração, GIANNINI ressalta não haver mais disputa jurisprudencial na Itália – ainda que existam oscilações na doutrina – acerca da incidência do regime de direito privado em contratações públicas, como nos casos de anulação do contrato por vício de vontade, resolução da relação jurídica por inadimplemento, rescisão por onerosidade excessiva superveniente ou a previsão de cláusula arbitral. Mais complexa, contudo, segundo o autor, é a convivência de atos de autoridade nos contratos da Administração, o que gera a incidência concomitante de normas de direito público e de direito privado no âmbito de um mesmo contrato, tal como ocorre nas concessões de serviços públicos, quando a Administração possui poder de administração e controle da execução do contrato, poder de rescisão do contrato por descumprimento do concessionário ou por revogação da concessão, ou ainda nos casos de execução de danos emergentes causados pelo concessionário, de *jus variandi* e de *diritto di riscatto* (algo semelhante à encampação). De acordo com GIANNINI, a doutrina e a jurisprudência italianas reconhecem que todos esses poderes são resultado do exercício de potestades públicas externas à relação contratual em si (com exceção da resolução por inadimplemento do contrato), tendo como fundamentos interesses públicos em nome dos quais a norma confere a prerrogativa de modificação ou extinção do contrato. Embora essas considerações sejam feitas ao tratar do contrato de concessão, GIANNINI adverte que a figura do contrato celebrado pela Administração Pública italiana, apesar de originada do direito privado, foi sofrendo um processo de ampla publicização, introduzindo-se a figura do contrato “*ad evidenza pubblica*”. Assim, a atividade contratual da Administração se dividiu entre duas categorias: os contratos privados sem a incidência de regras especiais de direito público; e a segunda categoria, corresponde aos contratos “*ad evidenza pubblica*”, quando há a presença de interesses públicos a tutelar, a qual, por sua vez, é subdividida de acordo com a intensidade da relevância pública a que se refere o contrato. No primeiro caso, dos contratos regidos pelo direito privado, a Administração gozaria de autonomia para estipular as condições contratuais tal como qualquer outro privado. No caso dos contratos “*ad evidenza pubblica*”, o contrato é precedido e acompanhado de uma série de atos e processos administrativos para formação da vontade administrativa, que vão desde a deliberação para contratar até a escolha do contratado e o controle sobre o contrato. É certo que, no direito italiano, os poderes estatais no âmbito do contrato possuem, em regra, natureza tipicamente contratual, ou seja, dependem do reconhecimento expresso desses poderes pelo particular que contratada com a administração, e não são fruto de uma categoria especial e diferenciada de “contrato administrativo”. Os contratos são, em geral regidos pelo direito privado (salvo algumas exceções que encontram regime próprio em leis específicas, como os contratos de obras e de concessão de serviços público), admitindo-se a presença de cláusulas exorbitantes somente quando, por consenso, o particular concorda com a inclusão dessas condições na avença. Ainda assim, a jurisprudência tem reconhecido implícitos os poderes de rescisão do contrato por descumprimento das obrigações do particular (sem necessidade de provimento judicial); a substituição do particular quando este suspender a execução do serviço por controvérsia com a Administração (no caso de contratos de empreitada ou fornecimento); e a revogação da decisão de contratar ou da aprovação do contrato, especialmente nos contratos de concessão de serviços públicos, embora a extensão desse entendimento às demais espécies de contratos seja matéria controvertida. GIANNINI, Massimo Severo. **Istituzioni di Diritto Amministrativo**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1981, p. 481 e ss. GIANNINI, Massimo Severo. **Istituzioni di Diritto Amministrativo**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1981, p. 481 e ss.

Administração em posição de superioridade, como tutora do interesse público que, ao ocupar esta qualidade, carrega consigo os poderes instrumentais necessários à salvaguarda do interesse público, representados nos contratos administrativos pelas prerrogativas de ação unilateral, comumente designadas de cláusulas exorbitantes, as quais geralmente conferem poderes de modificação, rescisão, fiscalização e aplicação de sanções pela Administração, independentemente de previsão expressa no instrumento contratual.

1.6. A teoria do contrato administrativo no Direito Brasileiro

É indubitosa a ascendência histórica do Direito Administrativo francês e sua presença marcante na construção teórica do Direito Administrativo brasileiro¹⁴³. É notável, por exemplo, a influência da Escola da *Puissance Publique* para caracterização do regime-jurídico administrativo, dotado de prerrogativas de ação unilateral e autoexecutória para tutela do interesse público pela Administração, ao lado da sujeição da Administração ao Direito em prol da garantia dos direitos dos indivíduos em face da autoridade do Estado.

O primeiro grande administrativista brasileiro do Império, Paulino José Soares de Souza (1807-1866) – o Visconde do Uruguai –, após ter viajado à Europa e visitado principalmente a França e a Inglaterra, afirmava já no preâmbulo de um dos primeiros livros de Direito Administrativo no Brasil: “*Reuni e estudei, se não todos, quase todos os escritores que escreveram sobre o direito administrativo da França, que é o mais completo e desenvolvido*”¹⁴⁴, deixando sobressaltado ao longo do trabalho a dicotomia público versus

¹⁴³ É o que revela a doutrina de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO e da maioria dos autores nacionais: “*O que hoje conhecemos por ‘Direito Administrativo’ nasceu na França. Mais que por leis que regulassem as relações entre Administração e administrados, foi sendo construído por obra da jurisprudência de um órgão – Conselho de Estado – encarregado de dirimir as contendas que surgissem entre estas duas partes*”. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 38-39. Calha aqui também a observação de GIACOMUZZI, segundo a qual “*o modelo francês de Estado centralizado tornou-se muito útil ao Brasil. A base da filosofia política brasileira e do desenvolvimento do direito administrativo brasileiro tornou-se – e permaneceu – principalmente francesa (...) No final do século XIX o cidadão culto aqui nascido não almejava ser um ‘brasileiro’; ele queria parecer um europeu, principalmente se fosse francês*”. **Estado e Contrato: supremacia do interesse público “versus” igualdade. Um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 299.

¹⁴⁴ URUGUAI, Visconde do (Paulino José Soares de Souza). **Ensaio sobre o Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Typog. Nacional, 1862, p. 8. A este respeito, fazemos nossas as pertinentes observações de Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA: “*Aceitando-se as observações do Visconde do URUGUAI, pode-se concluir que no Brasil Império, ainda que na ausência de uma teoria do contrato administrativo, a ação administrativa – aí incluído o emprego do instrumento contratual – já se dava mediante o uso de prerrogativas da Administração, e – mais grave – sem adequadas garantias de que esse uso não se transformasse em abuso autocrático, contra os direitos dos particulares*”. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco**

privado e a supremacia do interesse público, corolários do Direito Administrativo francês. Assim como no Direito francês, as prerrogativas da Administração Pública justificam-se, também no caso brasileiro, na satisfação do dever de tutela do *interesse público* e na afirmação da posição de *supremacia do interesse público sobre o privado*, visando à melhor consecução dos fins estatais¹⁴⁵. É com este sentido que a doutrina e a jurisprudência nacionais expressam, de modo majoritário, a existência de um princípio da supremacia do interesse público implícito no texto constitucional, do qual seriam decorrentes as prerrogativas imperativas da Administração¹⁴⁶. Por isso a afirmação de PONDÉ de que: “*o nosso direito administrativo permaneceu inteiramente no figurino francês*”¹⁴⁷.

Em matéria de contratos da Administração não foi diferente. A teoria do contrato administrativo, nos moldes cunhados pela jurisprudência e pela doutrina francesas, foi aceita pela maioria dos administrativistas brasileiros¹⁴⁸, especialmente à luz das concessões de serviços públicos¹⁴⁹, como nos dão conta as obras de autores de “primeira geração” como

no direito brasileiro. São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 155.

¹⁴⁵ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador.** Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2010, p. 44.

¹⁴⁶ Para uma interessante abordagem da afirmação do princípio da supremacia no Direito pátrio, consultar a obra de Gustavo BINENBOJM, para quem: “*A doutrina e a jurisprudência brasileiras, de forma expressivamente majoritária, sustentam a existência de um princípio no texto constitucional. Os publicistas de modo geral enfrentam a temática com grande naturalidade, prevalecendo o panorama de um pensamento jurídico pacificado, para o qual a existência do princípio em comento não ensejaria qualquer contestação. Dentre os mais renomados administrativistas brasileiros destaca-se, como ferrenho defensor do dito princípio, Celso Antonio Bandeira de Mello, que elabora seu discurso partindo de uma preliminar conceituação de interesse público. Em seguida, o autor analisa os efeitos gerados pela aplicação de tal conceituação ao direito administrativo pátrio, do que depreende uma norma de supremacia. (...) É interessante observar que a partir daí, e até o fim da sua exposição, o autor concentra-se na vinculação entre determinadas prerrogativas da Administração Pública e o princípio da supremacia do interesse público, já que aquelas, a priori, estariam justificadas como consequência da aplicação deste último*”. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 87-88.

¹⁴⁷ PONDÉ, Lafayette. **Estudos de Direito Administrativo.** Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p.13.

¹⁴⁸ Segundo Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO: “*No Direito brasileiro os estudiosos se assentaram nos autores franceses. Como os administrativistas franceses pouco mais fazem – em sua maioria e já há muitos anos – senão sistematizar sua jurisprudência, os doutrinadores brasileiros, por vias indiretas, teorizam sobre a jurisprudência francesa na matéria*”. **Curso de Direito Administrativo.** 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 595.

¹⁴⁹ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro.** São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 156: “*Com efeito, a figura da concessão, ou mais especialmente a concessão de serviços públicos, no início do século XX, é o canal pelo qual se introduz no Brasil a discussão sobre o contrato administrativo*”.

Mário MASAGÃO¹⁵⁰, Themístocles Brandão CAVALCANTI¹⁵¹, José Guimarães MENEGALE¹⁵² e Tito Prates da FONSECA¹⁵³. A título de exemplo, convém citar a seguinte passagem da obra de CAVALCANTI:

“Existirá, no entanto, um contrato, ou uma categoria de contratos diferentes dos de direito privado, obedecendo a critérios diversos, aplicando-se-lhes princípios específicos, peculiares ao direito público? Esta questão que tem desafiado os juristas e que foi recentemente muito bem estudada por JEAN PÉQUINOT na tentativa, não inteiramente bem sucedida, de isolar o contrato administrativo dos demais contratos, por peculiaridades inconfundíveis. Mas essas peculiaridades serão menos do conteúdo do contrato do que de certas prerrogativas de que se reveste a administração para fazer executar o contrato em função do interesse coletivo. Ora, essa prerrogativa se exerce especificamente em certas categorias de contratos, como imposição de sua própria finalidade – são as cláusulas de reversão, a encampação, o poder de rescisão. (...) Justifica-se, portanto, a existência de um certo número de contratos, chamados administrativos, em razão das partes intervenientes e também da sua finalidade de interesse público”¹⁵⁴.

A afirmação da teoria do contrato administrativo de matriz francesa serviu assim, também no Brasil, para autonomizar o contrato de Direito público em relação ao contrato de Direito privado, e, ao mesmo tempo, para elevar a figura do contrato como categoria jurídica além dos quadrantes do Direito Civil. O contrato administrativo passou a ser aplicável a algumas relações entre a Administração e os particulares, afastando a aplicação das regras do Código Civil. Procurando sintetizar as linhas doutrinárias dos autores nacionais, Ricardo Marcondes MARTINS ressalta a existência de basicamente três posições na doutrina brasileira mais atual. A primeira e a segunda seriam influenciadas, respectivamente, pelas doutrinas tradicionais francesa e alemã, enquanto a terceira numa doutrina formulada mais recentemente

¹⁵⁰ MASAGÃO, Mário. **Curso de direito administrativo**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 285 e ss.

¹⁵¹ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo: Teoria geral do direito administrativo – atos e contratos administrativos – responsabilidade do Estado**. Vol. 1, 3ª Edição. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 307-308.

¹⁵² MENEGALE, José Guimarães. **Direito administrativo e ciência da administração**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, p. 105.

¹⁵³ FONSECA, Tito Prates da. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939.

¹⁵⁴ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo: Teoria geral do direito administrativo – atos e contratos administrativos – responsabilidade do Estado**. Vol. 1, 3ª Edição. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955, p. 307-308.

sobre o tema, a qual, como veremos, consiste numa visão ainda mais alargada da concepção francesa de contrato administrativo¹⁵⁵.

A influência da doutrina francesa é bem representada na obra de Hely Lopes MEIRELLES, para quem a Administração poderia firmar contratos regidos pelo Direito público, denominados contratos administrativos, e contratos regidos pelo Direito privado, denominados contratos da Administração. Na obra de MEIRELLES, o *contrato administrativo* é definido como o “*ajuste que a Administração Pública, agindo nesta qualidade, firma com o particular ou com outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração*”¹⁵⁶.

O autor reconhece nas cláusulas exorbitantes aquilo que os franceses denominam de *marque du droit publique*, ou seja, aquilo que coloca o contrato administrativo em situação especial, diferenciada do contrato de direito comum. Segundo MEIRELLES: “*Da sua característica essencial, consubstanciada na participação da Administração com supremacia de poder, resultam para o contrato administrativo certas peculiaridades que os contratos comuns, sujeitos às normas do Direito Privado, não ostentam. Tais peculiaridades constituem, genericamente, as chamadas cláusulas exorbitantes, explícitas ou implícitas em todo contrato administrativo*”¹⁵⁷. Também quanto ao poder de alteração unilateral do contrato, MEIRELLES deixa clara a sua filiação à doutrina francesa ao citar a obra de LAUBARDÈRE: “*O poder que se reconhece à Administração de alterar unilateralmente as cláusulas reguladoras do serviço, ou de pôr termo prematuramente ao contrato, quando se tornar inútil ou inconveniente ao interesse público, funda-se, segundo Laubardère, na competência exclusiva das autoridades*

¹⁵⁵ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Contratos administrativos**. *Revista Brasileira de Direito Público RBDP* Belo Horizonte, n. 18, ano 5 Julho / Setembro 2007 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 28 fev. 2013.

¹⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 181.

¹⁵⁷ Ainda segundo o administrativista: “*As cláusulas exorbitantes podem consignar as mais diversas prerrogativas, no interesse do serviço público, tais como a ocupação do domínio público, o poder de promover desapropriação e a atribuição de arrecadar tributos, concedidos ao particular contratado para a cabal execução do contrato. Todavia, as principais são as que se exteriorizam na possibilidade de alteração e rescisão unilateral do contrato; no equilíbrio econômico e financeiro; na revisão de preços e tarifas; na inoponibilidade da exceção de contrato não cumprido; no controle do contrato e na aplicação de penalidades contratuais pela Administração. Merece, ainda, referência a possibilidade de se aplicarem aos contratos administrativos a teoria do fato do príncipe e a teoria da imprevisão*”. MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 203.

para organizar a administrar as obras e serviços públicos como verdadeiros donos desses serviços e dessas obras”¹⁵⁸.

A concepção francesa prevalece na doutrina brasileira mais recente. É também adotada, dentre outros, por Manuel de Oliveira FRANCO SOBRINHO¹⁵⁹, Caio TÁCITO¹⁶⁰, José CRETELLA JUNIOR¹⁶¹, Diógenes GASPARINI¹⁶², Marçal JUSTEN FILHO¹⁶³, Humberto THEODORO JUNIOR¹⁶⁴, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO¹⁶⁵, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO¹⁶⁶, Edmir Netto de ARAÚJO¹⁶⁷, José dos Santos CARVALHO FILHO¹⁶⁸, Fernando Vernalha GUIMARÃES¹⁶⁹, entre outros, tendo como ponto comum – embora com algumas variações de autor para autor – a dualidade entre contratos administrativos, regidos pelo Direito especial da Administração que lhe confere os poderes de ação unilateral para proteção do interesse público, e os contratos ditos privados da Administração, dos quais a

¹⁵⁸ Id. Ibid., p. 204.

¹⁵⁹ Como afirmou FRANCO SOBRINHO: “Duas premissas aqui importam: a) uma para compreender que as normas-jurídicas-cíveis, não obstante hajam influído na formação das normas-jurídicas-administrativas, diferenciam-se nas finalidades certas e pelos fins; b) outra para conhecer que as normas de Código Civil referentes aos contratos não se aplicam in genere aos contratos administrativos porque suas cláusulas e sua execução dependem da satisfação de necessidades públicas”. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 199-204.

¹⁶⁰ TÁCITO, Caio. **Temas de direito público: (estudos e pareceres)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 619.

¹⁶¹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos Contratos Administrativos**. 1ª Ed. 2ª Tir. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 29.

¹⁶² GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**, 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 634 e ss.

¹⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 158-159.

¹⁶⁴ Acerca da dualidade de regimes dos contratos da Administração, observa Humberto THEODORO JUNIOR: “...o Poder Público no seu relacionamento jurídico com os particulares nem sempre age no domínio do direito público. Muitas vezes o negócio praticado pelo órgão administrativo refere-se a uma comum gestão patrimonial. Disso decorre uma dicotomia nos contratos do Poder Público, que permite agrupá-los em contratos ‘administrativos’ e contratos ‘privados’, sujeitando-os a regimes jurídicos distintos. (...) Isto quer dizer que as relações jurídicas estabelecidas pela Administração não se sujeitam necessariamente ao direito público”. **O contrato e seus princípios**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1999, p. 58-59.

¹⁶⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 181 e ss.

¹⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Do Direito Privado na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 1989, p. 144.

¹⁶⁷ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 652 e ss.

¹⁶⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 172 e ss.

¹⁶⁹ Segundo Fernando Vernalha GUIMARÃES: “É na classe dos contratos administrativos, portanto, que despontam mais peculiarmente as chamadas ‘cláusulas exorbitantes’ do direito privado, autorizadas de poderes gerais de instabilização do vínculo, deferidas à Administração Pública na qualidade gestora do interesse geral. A caracterização desses poderes típicos, tidos como principal elemento de distinção entre ambas as espécies contratuais, erigiu-se a partir da formação da teoria dos contratos administrativos”. **Alteração unilateral do contrato administrativo: interpretação de dispositivos da Lei nº 8.666/93**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 42.

Administração participa, a princípio, sem ocupar posição de supremacia em relação ao particular.

A doutrina de Caio TÁCITO é um bom exemplo de como a influência francesa se manifestou entre nós em matéria de contratos da Administração. O autor não apenas reconhece a prevalência do interesse público sobre o privado nos contratos administrativos, enquanto pressuposto da utilidade pública do objeto do contrato, como também admite que “*o princípio da igualdade entre as partes, que importa na regra da imutabilidade dos contratos, cede passo ao da desigualdade, ao predomínio da vontade da Administração sobre a do outro contratante, ou seja, o poder de modificação unilateral da obrigação*”¹⁷⁰. Exprime, nesse sentido, a origem de suas concepções na conclusão de HARIOU, de que “*o direito administrativo é o direito de pessoas desiguais*”¹⁷¹.

Igual posicionamento é encontrado na obra de FRANCO SOBRINHO, para quem, “*atuando a Administração no campo do direito público, nada mais lógico que a sua atividade contratual reflita diretamente interesse de serviço público*”. Seria nesse interesse “causal e finalístico” que os contratos administrativos se diferenciariam em relação aos contratos civis, para admitir-se neles a imposição de cláusulas capazes de refletir as “*prerrogativas de supremacia*”, justificadas em razão do interesse dito público¹⁷². CRETELLA JUNIOR, por sua vez, conceitua o contrato administrativo como “*o acordo de vontades de que participa a Administração e que, tendo por objetivo direto a satisfação de interesses públicos, está submetido a regime jurídico de direito público, exorbitante e derogatório do direito comum*”¹⁷³.

Já os adeptos da teoria alemã, como Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO¹⁷⁴ – e menos nitidamente Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO¹⁷⁵ –, não reconhecem, a princípio,

¹⁷⁰ TÁCITO, Caio. **Temas de direito público: (estudos e pareceres)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 619.

¹⁷¹ HARIOU, Maurice. **Précis de Droit Administratif et de droit public general**. Paris: Recueil Sirey, 1921 - Prefácio da 7ª edição.

¹⁷² FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 199-204.

¹⁷³ CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos Contratos Administrativos**. 1ª Ed. 2ª Tir. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 29.

¹⁷⁴ Após meditar sobre o tema a partir da doutrina francesa e alemã, Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO adota a posição de Otto MAYER: “*Daí a conclusão: inexistente contrato administrativo. Alguns atos administrativos são complementados por contratos sobre a equação econômico-financeira a eles pertencentes. Aliás, tal se dá tão*

a existência dos chamados “contratos administrativos”, tratando-os como espécies de “*atos unilaterais com contratos adjetos*”¹⁷⁶. Porém, diante da prática administrativa e das inúmeras leis que aceitam e disciplinam os contratos administrativos no direito brasileiro, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO é forçado a reconhecer a sua existência e estudar as suas características de seu regime jurídico¹⁷⁷. Ao assim proceder, o autor acaba por se aproximar da teoria do contrato administrativo francês, reconhecendo o aspecto contratual, ao menos, em relação às cláusulas econômicas convencionadas¹⁷⁸.

A terceira corrente, por sua vez, não só reconhece a existência dos contratos administrativos nos moldes cunhados pela jurisprudência e pela doutrina francesas, como vai ainda mais além ao afirmar que todos os contratos celebrados pela Administração são, em essência, contratos administrativos, inexistindo contratos da Administração regidos integralmente pelo Direito privado. Isto porque, não obstante o fato da Administração celebrar contratos cuja moldura provém do Direito Civil, isto não pode significar que a Administração se dispa completamente das vestes de autoridade pública, pois permaneceria representando o poder estatal. Assim, mesmo nesses contratos, haveria o necessário e irrenunciável influxo de normas de Direito público. Esta é opinião identificada nas obras de Adilson Abreu

somente com a concessão de obra ou de serviço público. Os outros pretensos contratos administrativos não passam de contratos de direito privado, com regime especial, porque a lei assim dispõe e os administrados, ao perfazerem o acordo de vontades, aderiram aos seus dispositivos, que se tornaram cláusulas contratuais, ou as próprias partes, no ajuste, aquiesceram em lhe dar regime especial”. Contrato de direito público ou administrativo. Revista de Direito Administrativo, v. 88, 1967, p. 31.

¹⁷⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 592.

¹⁷⁶ Para o autor: “A qualificação ‘administrativo’ aposta à palavra ‘contrato’ parece, no caso, ter o condão de modificar o próprio sentido substantivo. (...) Daí que os poderes reconhecidos à Administração nestes ‘contratos administrativos’ parece-nos que nada têm de contratuais. São poderes relativos à prática de atos unilaterais, inerentes às competências públicas incidentes sobre aqueles objetos. É só por esta razão que prescindem de cláusulas contratuais que os mencionem e de normas legais sobre contratos efetuados pela Administração. Tais poderes de instabilização descendem diretamente das regras de competências administrativa sobre os serviços públicos e o uso de bens públicos. E são competências inderrogáveis pela vontade das partes, insuscetíveis de transação e, pois, de ‘contratos’”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 595 e 598.

¹⁷⁷ Nas suas palavras: “As palavras são meros rótulos que sobremos às coisas. Seria desejável que às realidades distintas fossem dadas titulações diferentes, para evitar confusões e extrapolações indevidas, como ocorre no caso. Seria preferível evitar terminologia que afilia à matriz contratual alguns destes vínculos cuja índole não se compatibiliza com a ascendência que se lhes quer inculcar. Entretanto, parecem fadados ao insucesso quaisquer esforços para demonstrar a inconveniência desta rotulação”. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 592.

¹⁷⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 599.

DALLARI¹⁷⁹ e Lúcia Valle FIGUEIREDO¹⁸⁰, segundo os quais, ainda quando submetida a regras de Direito privado, a Administração não renunciaria certos privilégios e sempre restaria vinculada a determinadas restrições, na medida necessária para adequar o meio utilizado ao fim público a que se encontra vinculada em virtude de lei. Adilson de Abreu DALLARI tem, a este respeito, interessante observação:

“Temos dito que a administração é como um Rei Midas. Este, tudo que tocava virava ouro. A Administração, onde toca, publiciza. Se se tem a presença da Administração Pública, tem-se junto, necessariamente, o ingresso do **regime jurídico administrativo** e a presença das chamadas **cláusulas exorbitantes** do direito comum. A Administração é sempre afetada por cláusulas de direito público. Portanto, quando a Administração se relacionar contratualmente com particulares, poderão existir contratos onde haverá uma participação maior de cláusulas de natureza pública, e contratos onde haverá uma participação menor de cláusulas de natureza pública, mas sempre haverá uma conjugação de direito público e privado”¹⁸¹.

Com base nessa orientação, parte da doutrina nacional revela a sua filiação, em termos dogmáticos, ao instituto do contrato administrativo do Direito francês, porém amplia o seu campo de aplicação para reforçar o poder de autoridade pública em contratações que, mesmo na França, não foram concebidas com este propósito¹⁸². O resultado disso é, como veremos, a extensão da aplicação do regime jurídico-administrativo próprio dos contratos administrativos a praticamente todos os contratos celebrados pela Administração, inclusive aos contratos ditos

¹⁷⁹ DALLARI, Adilson. **Contrato de obra pública**. In: Cadernos FUNDAP, São Paulo, 1985 apud DI PIETRO, Maria Sylvia. **Do Direito Privado na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 1989, p. 147.

¹⁸⁰ A posição é também adotada por Lúcia Valle FIGUEIREDO: “*Começo por questionar se pode haver contratos privados da Administração, ou melhor se dirá que existem, isto sim, contratos da Administração Pública. A Administração Pública, consoante entendemos, está, de qualquer forma, jungida ao regime de Direito Público, em muitos aspectos, ainda que o contrato seja dos que se submetem mais às normas de Direito Privado. [...] Existem isto sim Contratos da Administração Pública, ora sob maior influxo de regras de Direito Privado, ora sob maior influxo das regras de Direito Público*”. **Contrato Administrativo: formalidades e requisitos**, Revista de Direito Público, São Paulo, ano 22, v. 90, p. 131-137, abr-jun 1989. O posicionamento foi mantido em sua tese de livre docência: FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Extinção dos contratos administrativos**, 2ª ed. Ver., ampl. E atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 18-19.

¹⁸¹ DALLARI, Adilson. **Contrato de obra pública**. In: Cadernos FUNDAP, São Paulo, 1985 apud DI PIETRO, Maria Sylvia. **Do Direito Privado na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 1989, p. 147.

¹⁸² Esta é a conclusão de Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA: “*Pode-se concluir, portanto, que não apenas no Brasil se usa conferir um tratamento excessivamente dogmático a institutos trazidos do Direito administrativo francês, onde não foram concebidos para ser aplicados como dogmas imutáveis, como também, especificamente no caso da teoria do contrato administrativo, sua importação se deu de modo a ampliar-se sensivelmente seu campo de aplicação. (...) Criou-se no Brasil, sobretudo na mentalidade da Administração e seus agentes, a idéia – ou talvez, o pretexto – de que o reforço do poder da autoridade pública é sinônimo de garantia de respeito ao interesse público*”. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro**. São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 227.

privados, tendo como ponto de convergência a incidência de prerrogativas irrenunciáveis que colocam [sempre] a Administração em posição de supremacia em relação ao particular que com ela contrata.

Não é preciso reproduzir toda a doutrina nacional para reconhecer a incidência, entre nós, do regime jurídico exorbitante do Direito comum (e nem é esse o objetivo, obviamente). Em todas as obras que aceitam a existência dos chamados contratos administrativos, o ponto de convergência é, justamente, a presença de prerrogativas de ação unilateral da Administração, capazes de lhe outorgar poderes de, no mínimo (i) determinar modificações nas prestações devidas pelo contratante em função das necessidades públicas; (ii) acompanhar e fiscalizar a execução do contrato; (iii) impor as sanções estipuladas quando cabíveis; e (iv) rescindir o contrato por iniciativa unilateral se o interesse público assim o exigir¹⁸³. De fato, os principais aspectos da teoria geral do regime dos contratos administrativos podem ser sintetizados em três temas fundamentais: ao *jus variandi*; à rescisão unilateral; e aos poderes de fiscalização, direção e sanção do contratante; aos quais somaríamos ainda um quarto elemento: a intangibilidade da equação econômico-financeira¹⁸⁴.

Repare-se que são estas, precisamente, as notas características da *teoria do contrato administrativo* de matriz francesa a que outrora nos referíamos. Por isso é que, ao destacar o caráter tributário do Direito Administrativo brasileiro em relação ao sistema Francês, GIACOMUZZI afirma que “o critério usualmente utilizado, o da existência das chamadas ‘cláusulas exorbitantes’ (*clauses exorbitantes*) – ou seja, cláusulas usualmente não encontráveis do direito privado -, nada mais é que o resultado da sistematização doutrinária

¹⁸³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 601. Resume o autor que: “Em decorrência dos poderes que lhe assistem, a Administração fica autorizada – respeitado o objeto do contrato – a determinar **modificações** nas prestações devidas pelo contratante em função das necessidades públicas, a acompanhar e **fiscalizar** continuamente a execução dele, a impor as **sanções** estipuladas quando faltas do obrigado as ensejarem e a **rescindir** o contrato sponte própria se o interesse público o demandar”.

¹⁸⁴ Ainda segundo BANDEIRA DE MELLO: “a outra face do problema, contraposta às prerrogativas da Administração, assiste precisamente no campo das garantias do particular ligado pelo acordo. Cabe-lhe integral proteção quanto às aspirações econômicas que ditaram seu ingresso no vínculo e de substanciaram, de direito, por ocasião da avença, consoante os termos ali estipulados. Esta parte é absolutamente intangível e poder algum do contratante público, enquanto tal, pode reduzir-lhe a expressão, feri-la de algum modo, macular sua fisionomia ou enodá-la com jaca, por pequena que seja”. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 601-602.

da matéria para fins também didáticos, mas que em realidade revela muito da cultura jurídico-política de ambos os países”¹⁸⁵.

Em termos de Direito positivo, vale observar que, no Brasil, a teoria dos contratos administrativos foi aceita muito antes de haver lei disciplinando a matéria. Hoje a Lei Federal nº 8.666/93 regula os contratos administrativos (e por isso a doutrina, muitas vezes, ocupa-se de explicar o regime do Direito positivo), mas antes mesmo da edição desta Lei o Direito brasileiro já aplicava os princípios e o regime jurídico próprio destas espécies de contratos da Administração (como vimos, Hely Lopes MEIRELLES, ainda na década de 60 do século passado, foi talvez o principal responsável pela disseminação desses conceitos)¹⁸⁶. Também a partir da inspiração da doutrina francesa, a jurisprudência nacional, ainda no final da década de 60 do século XX, passa a reconhecer e aplicar a teoria do contrato administrativo¹⁸⁷, resultando na sua incorporação *a posteriori* nos textos normativos (a primeira lei que a incorporou foi a Lei Paulista 10.395/1970, que influenciou o Decreto-Lei 2.300/1986 e a Lei nº 8.666/1993, atualmente em vigor).

O curioso a notar, portanto, é o quanto é recente a produção normativa da teoria do contrato administrativo no Brasil, pois, até a edição do Decreto-lei 2.300, de 1986, inexistia tratamento sistemático da matéria. Antes desse Decreto, que pode ser considerado o primeiro Estatuto brasileiro das Licitações e Contratos públicos, as contratações do Poder Público eram regidas pelo Decreto-lei 200, de 1967 (Arts. 125 a 144) e pelas disposições relativas à despesa pública constantes do Código de Contabilidade Pública da União (Decreto nº 4.536/1922). Apenas mais recentemente houve a substituição do Decreto-lei 2.300 pela Lei Federal nº

¹⁸⁵ GIACOMUZZI, José Guilherme. **Estado e Contrato: supremacia do interesse público “versus” igualdade. Um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 144.

¹⁸⁶ As ideias do autor foram reunidas em obra publicada em 1973, sob o título **Licitação e Contrato Administrativo**, São Paulo, Ed. RT, talvez a primeira tentativa de sistematização da matéria no Direito brasileiro da segunda metade do século XX.

¹⁸⁷ Desde o final da década de 1960 e início de 1970, o Supremo Tribunal Federal já aceitava o regime especial dos contratos administrativos contendo cláusulas exorbitantes, a exemplo do RE nº 69.418 e do RE nº 89.217. A consagração do regime jurídico específico do contrato administrativo no Brasil, nos moldes da Lei nº 8.666/93, contendo um rol de prerrogativas da Administração, encontra também pacífica acolhida na jurisprudência atual. São exemplos algumas decisões recentes dos Tribunais Superiores, como o RMS 20.264-RO, rel. Min. Luiz Fux, DJU 01/03/2007; REsp 492.905-MG, rel. Min. Arnaldo E. Lima, DJU 27/11/2006; STJ, 2ª Turma REsp 169.274-SP, rel. Min. Facciulli Neto, DJU 23.06.2003; STF: AI 534.676 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 13.12.2005; MS 23.560, Rel. p/ ac. Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, j. 20.9.2000; STJ: MC 13670, Rel. Min. Denise Arruda, 1ª Turma, j. 04/03/2008; REsp 737741, Rel. Min. Castro Meira, j. 03/10/2006; REsp 737741. Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 11/05/2004; REsp 216.018. Rel. Min. Franciulli Netto, j. 05/06/2001.

8.666/93, que introduziu em nosso ordenamento o novo Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incorporando-se a ele, posteriormente, modificações operadas pelas Leis nºs 8.883/1994; 9.648/1998; 10.973/2004; 11.079/2004. Em termos de regime jurídico, o art. 58 da Lei nº 8.666/93, assim como o fazia o art. 48 do revogado Decreto-Lei 2.300/86, cuidou de positivizar o regime jurídico dos contratos administrativos no Direito brasileiro, por meio do qual confere à Administração as prerrogativas de ação unilateral e autoexecutória a que nos referimos linhas acima, nos seguintes termos:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

A partir do dispositivo legal é possível reconhecer exatamente todas as prerrogativas de ação unilateral da Administração que, como vimos, ao longo dos anos, foram cunhadas pelo Conselho de Estado francês em torno das ideias de supremacia do interesse público e de continuidade do serviço público, com o objetivo de assegurar a preservação desses princípios em determinadas situações concretas. O ponto fundamental, no entanto, é atentar para o fato de que, no Brasil, a teoria do contrato administrativo, inicialmente concebida a partir de construção jurisprudencial do Conselho de Estado francês, foi positivada através de uma Lei considerada a norma geral dos contratos administrativos: a Lei nº 8.666/93. Esta Lei, acompanhando as diretrizes da doutrina e da jurisprudência nacionais vistas acima, declara-se, logo em seu Art. 1º, uma Lei de *normas gerais* sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Ou seja,

conforme o texto da lei, todos os contratos da Administração seriam regidos, em maior ou menor grau, pelas regras e disposições contidas na Lei Federal nº 8.666/93. Às concessões de serviços públicos, por exemplo, embora regidas pelas Leis nº 8.987/1995, 9.074/1995 e 11.079/2004, esta última aplicada apenas às modalidades de concessão patrocinada e administrativa, aplicar-se-lhes-iam, subsidiariamente, as normas estabelecidas pela Lei nº 8.666/93.

A consequência disso é “*uma significativa expansão, ao menos em termos potenciais, do regime da Lei n. 8.666/93 a todas essas figuras*”¹⁸⁸. O regime jurídico vigente tende a universalizar a aplicação do regime de Direito público aos contratos da Administração, pelo simples fato da presença da Administração como parte no contrato, ao tempo em que assegura à Administração as prerrogativas de ação unilateral e autoexecutória, acarretando “*uma tendência de expansão, irrefletida, deste regime a qualquer relação convencional da Administração*”¹⁸⁹. Assim retratado como gênero, os contratos administrativos acabam ficando limitados a um regime único, aplicável a todos os contratos celebrados pela Administração, tendo em vista o alcance amplo da definição de contrato na Lei n 8.666/93, enquanto lei de normas gerais, aplicável nacionalmente. A tendência, aceita também pela doutrina e pela jurisprudência, é a interpretação de que o regime de prerrogativas imperativas trazido pela Lei em seu Art. 58 seria cabível a qualquer relação contratual da Administração – inclusive aos contratos ditos de direito privado, conforme expressão “no que couber” prevista no Art. 62, §3º, I¹⁹⁰ – assumindo-se essa forma de agir, marcada pela unilateralidade e autoridade, como o modo natural e irrenunciável de assegurar a supremacia do interesse público em qualquer espécie de contratação pública, independentemente de seu objeto ou finalidade¹⁹¹.

¹⁸⁸ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro**. São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 201.

¹⁸⁹ Id. Ibid., p. 365.

¹⁹⁰ §3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, **no que couber**: I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado.

¹⁹¹ Tanto é assim que Caio TÁCITO, Odete MEDAUAR e José dos Santos CARVALHO FILHO, ao comentarem em suas obras o Art. 62, §3º, I da atual Lei de Contratações Públicas, afirmam que o legislador praticamente acabou com os contratos privados da Administração, pois o dispositivo teria “publicizado” esses contratos, a ponto de torna-los verdadeiros contratos administrativos. Ver: TÁCITO, Caio. **Temas de direito público: (estudos e pareceres)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 618; MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**, 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 235; e CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 208.

Mas, para que não se desvie do objetivo principal desta Dissertação, o que mais interessa a respeito do tratamento ampliado da teoria do contrato administrativo no Direito brasileiro é notar como, especialmente no Brasil, a aplicação inadvertida do regime de prerrogativas de ação unilateral e autoexecutória em quase todas as espécies de contratos celebrados pela Administração resultou na redução do princípio do consenso como pressuposto da teoria geral do contrato no domínio das relações travadas pela Administração. Ora, na medida em que a teoria do contrato administrativo aplicada à generalidade das contratações públicas pressupõe a presença implícita de prerrogativas imperativas da Administração – em nome da proteção do interesse público por ela abstratamente considerado –, como compatibilizar o consenso com noção de prevalência de uma parte em relação à outra no contrato? Não seria a teoria do contrato administrativo, em si, uma antítese à ideia de consensualidade?

Em vista desta problemática, as linhas seguintes serão dedicadas à melhor compreensão do modo pelo qual a *teoria do contrato administrativo* relaciona-se com a noção de *consenso*, e como as bases filosóficas do Direito Administrativo moderno, cunhadas a partir das ideias de interesse público supremo e de atuação imperativa e unilateral da Administração, contribuíram para a solidificação e ampliação – até exagerada como é o caso do Brasil – de um regime jurídico estatutário, predador de prerrogativas públicas que, embora possam se justificar em determinadas situações, na maioria das vezes denotam um desequilíbrio injustificável de forças entre o Poder Público e os cidadãos, e ainda pior, significam uma redução aniquiladora do melhor potencial do instituto do contrato: a possibilidade de criação de situações jurídicas melhor amoldadas às necessidades do caso concreto.

1.7. O papel do Consenso na teoria do contrato administrativo

Como vimos até aqui, há tempos o Estado reconhece e utiliza instrumentos consensuais, consagrando os contratos como formas adequadas à instrumentalização de criação de relações jurídicas subjetivas, especialmente no campo das relações patrimoniais, quando o objetivo consiste em adquirir bens e serviços junto à iniciativa privada ou transferir aos particulares a execução de atividades consideradas serviços públicos. Porém, a partir da origem histórica e das circunstâncias nas quais surgiu o contrato administrativo, bem como das notas

características de seu regime jurídico, vistas acima, faz-se possível agora chamar a atenção para o aspecto de maior relevância, que consiste em saber qual o grau de importância que o “consenso” exerce, de fato, na teoria do contrato administrativo.

Embora não se duvide do caráter consensual do contrato administrativo – assim é porque o pacto pressupõe o acordo de vontades das partes, no mínimo, no ato de aceitação dos termos do contrato¹⁹² – é certo que o conteúdo do *regime jurídico*, cunhado a partir da teoria do contrato administrativo de matriz francesa, revela uma aparente incompatibilidade com o *princípio do consenso*, traduzido no acordo de vontades como pressuposto da criação de situações jurídicas subjetivas entre as partes contratantes, que norteou a construção da teoria civilista do contrato, ou pelo menos representa uma relevante mitigação do elemento consensual se comparado com os contratos regidos pelo Direito comum.

Não é difícil entender os motivos dessa relativização. Aquilatada a partir das decisões do Conselho de Estado francês, a teoria do contrato administrativo é legatária de um modelo de Estado estruturado sob as bases do binômio *liberdade/autoridade*¹⁹³, firmado sob a ideia de *Lei* como manifestação da vontade geral – apta e suficiente para proteger os cidadãos contra os

¹⁹² Nesse sentido, Héctor Jorge ESCOLA salienta: “*La existencia de los contratos administrativos – la posibilidad en sí misma de la administración pública para contratar – se funda en que no está obligada a intervenir en todos los casos imponiendo su voluntad a los particulares, sino que también puede obtener su colaboración voluntaria, y por medio de un arreglo consensual la prestación de bienes y servicios personales*”. Mais adiante o autor reconhece o caráter consensual dos contratos da Administração: “*El consentimiento, en el régimen de los contratos, significa el acuerdo o la coincidencia de dos o más voluntades, sobre una misma cuestión. Ese consentimiento, así constituido y formado, tiene por finalidad propia establecer entre las partes, cuyas voluntades lo han integrado, vínculos obligacionales, siendo, de tal modo, el substratum mismo del contrato. Para que se produzca el consentimiento es preciso, a su vez, que existan las voluntades, formadas y expresadas, de los sujetos actuantes, es decir, de la administración pública y de los sujetos particulares que con ella formalizan el contrato. La voluntad administrativa no es sino la intención razonada u expresa de la administración de concurrir a producir un acto determinado, voluntad que es exteriorizada por una declaración o manifestación concreta del órgano correspondiente, adoptando las formas previstas para el caso*”. **Compêndio de Derecho Administrativo**. Volumen II. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990, p. 600 e 618.

¹⁹³ Maria Sylvia Zanella DI PIETRO trata da bipolaridade entre liberdade e autoridade (prerrogativas) da seguinte forma: “*O direito administrativo nasceu e desenvolveu-se baseado em duas ideias opostas: de um lado, a da proteção aos direitos individuais diante do Estado, que serve de fundamento ao princípio da legalidade; de outro, a necessidade de satisfação de interesses públicos, que conduz à outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública, quer para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo (poder de polícia), quer para a prestação de serviços públicos. Daí a bipolaridade do direito administrativo: liberdade do indivíduo e autoridade da Administração*”. **O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, e RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 85-102.

abusos dos detentores do exercício do poder¹⁹⁴ –, e sob a noção de *supremacia do interesse público*, como razão justificadora da ação concreta do poder estatal e da intervenção do Estado sobre o direito dos indivíduos¹⁹⁵.

O conceito de contrato administrativo, já vimos, encontra-se umbilicalmente ligado a duas ideias-força fundamentais para a moderna teoria do direito administrativo: a supremacia do interesse público e as prerrogativas da Administração, esta última justificada em função da primeira. Isto ocorre porque, ao contrário de qualquer particular, a Administração deve deferência a um interesse que não é propriamente o seu, age na qualidade de mandatária de um interesse transindividual, público e irrenunciável, e é em nome desse interesse público que atua para legitimar a derrogação do princípio do *consenso*, na medida em que apenas o interesse público deve ditar os rumos da contratação. Ou seja, se o interesse público o reclamar, o contrato pode (e deve) ser alterado, suspenso, rescindido, assim como é nome desse mesmo interesse que não se admite o afastamento das prerrogativas da administração¹⁹⁶.

Vimos também que, embora legitimado inicialmente como instrumento necessário à subordinação do poder estatal ao Direito, foi justamente na ideia de *interesse público supremo*¹⁹⁷ que o Direito Administrativo preservou atributos que muito se assemelham com o absolutismo que o precedeu¹⁹⁸, como um “mal necessário” à garantia do bem comum e à

¹⁹⁴ Nas palavras de Ceslo Antonio BANDEIRA DE MELLO: “o Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito (...) um Direito que surge exatamente para regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais, dentro desse espírito protetor do cidadão contra descomedimentos dos detentores do exercício do Poder estatal”. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 46.

¹⁹⁵ Como assinala Jacqueline MORAND-DEVILLER: “A definição do direito administrativo, por sua vez, se assenta sobre uma constatação: trata-se de um direito especial e autônomo que possui regras distintas das do direito privado e se funda sobre uma razão de ser: é um direito que busca fazer prevalecer, por diversos meios, um interesse superior: o interesse público, sobre os interesses particulares”. **Poder Público, serviço público: crise e conciliação**. RDE: Revista de Direito do Estado, Ano 1, nº 4:387-401, out/dez 2006.

¹⁹⁶ A este respeito convém citar a obra de José CRETILLA JUNIOR, na qual o autor afirma que o princípio da autonomia da vontade “*não existe no contrato administrativo*” e que a “*superioridade*” da Administração é “*evidente*”. Esta (a Administração), em razão da sua qualidade de tutora exclusiva do interesse público, pode agir com poder de império a fim de modificar, extinguir, executar compulsoriamente ou mesmo rescindir o pactuado. **Dos Contratos Administrativos**. 1ª Ed. 2ª Tir. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 29.

¹⁹⁷ A respeito do caráter de supremacia do interesse público, ver MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 81.

¹⁹⁸ Confira-se a lição de Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA: “Em que pese tenha nascido como instrumento de concretização do Estado de Direito, o Direito Administrativo, em seus primórdios, transferiu para a pessoa do Estado, detentor do poder soberano, prerrogativas em certa medida análogas às do monarca dos antigos regimes absolutistas”. **Mecanismos de Consenso no Direito Administrativo**, In: ARAGÃO, Alexandre Santos de & MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**, Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 337. Ver também, no mesmo sentido, MOREIRA NETO, Diogo de

salvaguarda do bem-estar da coletividade. No Direito administrativo da modernidade, o poder público se encontraria em situação impositiva¹⁹⁹, de comando em relação aos particulares, como indispensável condição para gerir o *interesse público* diante do confronto com interesses particulares, sempre observada a aderência do ato ao comando normativo. A ação do Estado sobre os particulares, capaz de sacrificar direitos, encontraria justificativa de relevância no *bem comum* que tornaria mais aceitável esta atuação *autoritária*. Não por outra razão, as características marcantes do Direito Administrativo do século XIX são a *imperatividade* e a *unilateralidade*, qualidades próprias da posição de superioridade da Administração em relação aos particulares.

Em suma, o Direito Administrativo corresponderia ao ramo do Direito que fixa poderes extroversos para a autoridade, conferindo-lhe prerrogativas para, observados os limites de sua competência e visando ao atingimento das finalidades fixadas em lei, consagrar em concreto o interesse público. Tal interesse público – e aqui reside o aspecto fundamental – apenas poderia ser tutelado pelo próprio Estado, que deteria exclusividade na sua definição a partir da interpretação dos fatos à luz do sistema positivo, cabendo-lhe preencher lacunas legais ou conceitos indeterminados ou ainda optar pela melhor escolha em cada situação concreta, sempre de forma unilateral, autônoma e exclusiva, segundo critérios de conveniência e oportunidade, independentemente da participação dos interessados.

Desta matriz teórica emana uma série de consequências para a teoria do contrato administrativo, dentre as quais a conclusão de que, desde a sua origem, a figura do contrato administrativo esteve marcada pela unilateralidade e pela exorbitância, decorrência direta da posição de supremacia que o Estado ocupa na relação contratual, enquanto tutor exclusivo do interesse público. O instituto foi concebido justamente para afirmar o caráter de especialidade dos atos celebrados pela Administração em relação aos atos entre os particulares – devido a sua

Figueiredo: “*O Direito Administrativo nasce no crepúsculo do absolutismo e sob o signo da imperatividade, razão pela qual perpassa um forte sentido de assimetria – substantiva e adjetiva – entre a administração pública, de um lado, e os indivíduos e os entes civis, de outro*”. **O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 571-592.

¹⁹⁹ A este propósito, Floriano de Azevedo MARQUES NETO destaca “*o fato de que o Direito Público e – por conseguinte – o Direito Administrativo herdaram o caráter impositivo, autoritário, unilateral, decorrente do fato de ser o espaço público o primado da autoridade, do poder soberano, que como tal só faz sentido se sobreposto aos interesses dos indivíduos*”. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 72.

qualidade de protetora do interesse geral – prevalecendo a ideia de que sempre o poder público permanece credor de prerrogativas, como forma de preservar o pleno exercício das funções públicas que lhe foram incumbidas pela Constituição e pelas leis.

Em matéria contratual, portanto, as cláusulas exorbitantes representam o afastamento dos princípios contratuais da igualdade, da autonomia da vontade e da força obrigatória das convenções. No contrato administrativo tudo isso perde a razão, pois não existe igualdade entre as partes e a autonomia da vontade fica reduzida ao princípio da vinculação da Administração Pública à lei. O princípio da força obrigatória, por sua vez, cede diante da teoria da mutabilidade dos contratos administrativos. É com esse sentido que Pedro GONÇALVES bem destaca a tensão existente entre consenso e autoridade na teoria do contrato administrativo:

“Como já se intuiu, na origem, o regime jurídico especial a que ficaram submetidos certos contratos da Administração – os contratos administrativos – ficou marcado pela exigência de compatibilizar o **consenso**, que a instituição contratual pressupõe, e a **autoridade** da Administração, que o interesse público reclama: baseado no acordo entre as partes, o contrato administrativo convive com uma certa supremacia jurídica da Administração, que se vê investida de poderes extracontratuais de direito público que podem pôr em causa a evolução da relação contratual tal como foi consensualmente concebida”²⁰⁰.

Para Maria João ESTORNINHO, refletindo sobre as lições de RAINAUD: “*É extremamente curiosa a forma como, partindo do princípio do consensualismo, a doutrina acaba por tecer uma teia de exceções e derrogações que conduzem a uma situação na qual o juiz, na verdade, ‘apenas deita uma vista de olhos furtiva aos compromissos contratuais’*”²⁰¹. As causas para tal observação decorrem dos próprios fundamentos do Direito Administrativo da modernidade. A supremacia do interesse público e a ideia de interesse público uno, imperativo, indisponível e tutelado com exclusividade pela Administração, reduz o princípio do consensualismo no contrato administrativo e consolida, ao mesmo tempo, a autonomia do Direito Administrativo em relação ao Direito comum.

No Brasil, idêntica situação é reconhecida na obra de MEIRELLES: “*No Direito Privado a liberdade de contratar é ampla e informal, salvo as restrições da lei e as exigências*

²⁰⁰ GONÇALVES, Pedro. **O Contrato Administrativo: uma instituição do direito administrativo do nosso tempo**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 18.

²⁰¹ ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo Contrato Administrativo**, Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 119 (Jean-Marie RAINAUD, **Le Contrat Administratif**, 1985, p. 1183).

*especiais de forma para certos ajustes, ao passo que no Direito Público a Administração (...) dispõe sempre dos privilégios administrativos para a fixação e alteração das cláusulas de interesse público, e até mesmo para pôr fim ao ajuste em meio de sua execução. Essas peculiaridades é que caracterizam o contrato administrativo e o distinguem do contrato privado (...)*²⁰². Significa dizer, na prática, que o Poder Público é detentor exclusivo da prerrogativa de direcionar a contratação segundo os desígnios do que ele próprio – Poder Público – considera adequado e benéfico ao interesse público por ele mesmo identificado. Não há espaço – ou se há, ele é bem restrito – para o *consenso*.

Marçal JUSTEN FILHO, a propósito, reconhece na questão da *consensualidade* do contrato administrativo um ambiente de disputas doutrinárias relevantes, pois, enquanto “*alguns afirmam que a Administração impõe unilateralmente a sua vontade, à qual o particular deve submeter-se*”, há quem assegure a natureza dúplice da figura do contrato administrativo, que admite “*uma parcela de cunho regulamentar, que é imposta unilateralmente pela Administração, e uma parcela de natureza contratual, resultante do acordo entre as partes*”. Uma terceira corrente reconhece, por sua vez, a similaridade entre o contrato administrativo e o contrato de adesão, onde há “*um acordo de vontades em que o particular se restringiria a concordar com a vontade imposta pela Administração*”. Diante da controvérsia, enfim, JUSTEN FILHO arremata: “*Não se nega a existência de uma manifestação de consenso entre sujeitos diversos, ainda que tal consenso não seja exatamente idêntico àquele encontrado no âmbito dos contratos tipicamente privados*”²⁰³.

Ora, se o interesse público é único e determinado unilateralmente pela Administração, que pode impor alterações no ajuste com vistas a melhor atender aos seus objetivos, clara está a mitigação da *consensualidade* nos contratos administrativos, posto que o acordo inicialmente entabulado pode a qualquer tempo sofrer modificações impostas por uma das partes, sem que a outra possa objetar (ainda que preservado o direito à contrapartida econômica). Esta é a razão, aliás – convém lembrar –, de autores de renome na doutrina nacional (acompanhando a doutrina alemã de início do século XX) terem rechaçado a natureza contratual da relação

²⁰² MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 196.

²⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15ª Edição. São Paulo: Dialética, 2012, p. 805.

jurídica que se convencionou denominar de “contrato administrativo”, por entender que a fixação unilateral das condições de execução aplicável à dita relação, a partir da lei e do interesse público, seria suficiente para esvaziar o elemento *consensual* que denotaria a natureza contratual da relação, aproximando-a muito mais da ideia de ato bilateral proposta pelos autores alemães²⁰⁴.

O fato notório e indiscutível é que há uma sensível mitigação do *consenso* na teoria do contrato administrativo, seja pela presença de prerrogativas de ação unilateral implícitas em favor da Administração, justificadas pelo princípio da prossecução do interesse público, seja porque o vínculo inicialmente estabelecido pode, a qualquer tempo, mediante ação unilateral do Poder Público e a depender das razões de “interesse público” abstratamente externadas por este, sofrer mutações ou até mesmo ser extinto²⁰⁵. Na expressão de LAUBARDÈRE, a matriz teórica do contrato administrativo resulta, enfim, no reconhecimento de que “*o contrato administrativo é um contrato desigualitário*”²⁰⁶.

O elemento consensual fica restrito, na maioria das vezes, ao momento da aceitação das cláusulas do contrato unilateralmente estabelecidas pela Administração, tal como nos contratos de adesão do Direito Civil. Não há consenso na formação das cláusulas do contrato, que já se encontram pré-estabelecidas desde o procedimento de escolha do contratado. Igualmente não há consenso na execução do contrato, pois o ordenamento confere à Administração-contratante prerrogativas de atuação unilateral sobre o particular-contratado, independentemente de sua prévia aquiescência. Diante da base jus-filosófica do Direito

²⁰⁴ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Vol. I, 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 682. Nas palavras do autor: “*Ora, se essa relação jurídica se perfaz por acordo de vontades, mas o seu regime jurídico é disposto unilateralmente, por textos legais e atos concretos complementares da Administração Pública, não se pode admiti-la como de caráter contratual. Configura ato jurídico bilateral, da moderna sistemática dos atos jurídicos dos autores alemães, acolhida na Itália, e que recebeu, por iniciativa de Duguit (...) livre trânsito no direito público francês, e lhe atribuiu a denominação de ato união e se afirmou, ao depois, no Direito Administrativo dos povos cultos*”. Temos para nós, no entanto, que esta posição caracteriza-se como uma opinião extremada e que parte da noção civilista de contrato, rechaçando o instituto enquanto categoria da teoria geral do Direito. Ao tema voltaremos em momento oportuno (ver tópico 5.5).

²⁰⁵ Vale fazer nota que, atualmente, há discussão intensa na doutrina acerca da extensão e da intensidade com que técnicas negociais vem sendo empregadas como soluções preferenciais – e não unicamente alternativas – à utilização de métodos estatais que veiculem unilateral e impositivamente comandos para os cidadãos, ou seja, o quanto de abertura há para a consensualidade na atividade administrativa. Mas a esse tema voltaremos com maior detença mais à frente.

²⁰⁶ LAUBARDÈRE, André de; MODERNE, Frank e DEVOLVÈ Pierre. **Traité des Contrats Administratifs**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983, p. 71.

Administrativo, que irradia efeitos para a teoria do contrato administrativo, se a bilateralidade pode ser encontrada no momento da formação dos contratos administrativos (com a aceitação ou não dos termos da avença pelo contratado), ela é bastante diminuída no momento da execução do ajuste, como ressalta Gustavo Justino de OLIVEIRA:

“Na execução dos contratos administrativos isso se torna evidente, pois o ordenamento confere à Administração-contratante prerrogativas de atuação unilateral sobre o particular-contratado, independentemente de sua prévia aquiescência. Nas formas de extinção dos contratos administrativos esses poderes unilaterais igualmente são previstos, pois há hipóteses de extinção do vínculo contratual por vontade exclusiva da contratante, sem que para isso o contratado concorra com sua culposa inexecução. E mesmo na formação dos contratos administrativos visualiza-se um abrandamento dos efeitos oriundos dessa bilateralidade, pois uma das características de tais ajustes encontra-se no fato de representarem autênticos contratos de adesão, com a imposição, pela Administração Pública, da quase-totalidade das cláusulas que comporão o quadro regulatório da relação”²⁰⁷.

Logo, a mais relevante consequência da imperatividade refletida nas cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos é a desnecessidade de participação, ou melhor, do consentimento do contratado para que as condições de execução sejam impostas pela Administração. Significa dizer que a prerrogativa imperativa da Administração, que traduz o seu poder extroverso e unilateral, independe da concordância, do *consenso* da outra parte. Tal condição parte da premissa de que a Administração – e somente ela – tem o dever de tutelar o interesse público perseguido com a contratação, o que significa afirmar a exclusividade estatal na tutela desse interesse. Além disso, pressupõe que a única forma de lograr satisfazer o interesse público seria através do uso da autoridade estatal, ou seja, através das prerrogativas de

²⁰⁷ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **A arbitragem e as Parcerias Público-Privadas**. Revista Trimestral de Direito Público nº 48/2004, São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pp. 210-232. No mesmo sentido, cite-se a seguinte passagem da obra de Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA: “É certo que em se tratando de relação com Administração, essa liberdade é reduzida, mas não eliminada em sua essência. Por um lado, permanece íntegro o aspecto de ‘liberdade de contratar ou não’, que é o fundamental. Por outro, os demais aspectos são relativizados. As liberdades de ‘escolher com quem contratar’ e ‘sob que forma contratar’ praticamente não existem, senão em termos reduzidos à generalidade da própria liberdade de ‘contratar ou não’. Isto porque a Administração está adstrita a contratar sob formas estabelecidas em lei e deve escolher seu parceiro mediante processo de licitação (ou, justificadamente, mediante processo de dispensa ou inexigibilidade). Assim, do ponto de vista da outra parte contratante, a liberdade de escolher com quem contratar ou de escolher a forma, reduz-se à liberdade de querer contratar ou não com um determinado ente público que convoca a licitação (ou sugere a contratação direta), e na forma legalmente imposta. Já quanto a fixação do conteúdo do contrato, isto se dá preponderantemente pela Administração, o que não difere da situação dos contratos de adesão”. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro**. São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 72.

ação unilateral no âmbito dos contratos, independentemente da vontade da contraparte²⁰⁸.

Como resume ESCOLA:

“As modalidades próprias do direito administrativo, que rege os contratos administrativos, a posição de subordinação que em comum tem neles o co-contratante particular frente à administração, e a finalidade de interesse público que em todos os casos persegue a administração com a relação contratual que se estabelece, são as causas que fazem que nesta contratação o corrente é que os contratos se configurem pela via da simples adesão do co-contratante particular ao esquema, condições e cláusulas pré-estabelecidas pela administração, adquirindo a estruturação do contrato o automatismo que se reconhece nos contratos de adesão”²⁰⁹.

Reconhece-se, portanto, a pouca ou quase nenhuma relevância do consenso na teoria do contrato administrativo, resultado de uma concepção de Administração Pública ancorada nos paradigmas de autoridade e unilateralidade que acompanham esse ramo do Direito desde a sua formação no período pós-revolucionário europeu. Para essa concepção exclusivista do interesse público, a participação do administrado na formação do ato administrativo ou das cláusulas do contrato é quase irrelevante, na medida em que o Estado é suficientemente apto e capaz para, mediante interpretação da Lei, aplicar o direito no caso concreto a partir do preenchimento de conceitos fluidos como “interesse público”, e através da fórmula – até certo ponto já ultrapassada, como veremos – da discricionariedade administrativa (ver tópico 5.3).

É claro que esta forma de enxergar o contrato administrativo decorre do próprio modo de se conceber o Direito Administrativo, ancorado na ideia de interesse público único, supremo

²⁰⁸ Esta é a reflexão feita por Juliana Bonacorsi de PALMA: “A assertiva parte da premissa de que só a prerrogativa imperativa viabilizaria o alcance do interesse público, sem o qual o ato decisório administrativo padeceria de efetividade. Dessa forma, a imperatividade dos atos administrativos e as cláusulas exorbitantes dos contratos celebrados pela Administração consistiriam em mecanismos indispensáveis à garantia do interesse público. Na qualidade de fatores de desestabilização do vínculo contratual, as cláusulas exorbitantes seriam legítimas porque tendentes a satisfazer o interesse público. Dessa assertiva decorre, no extremo, a identificação dos contratos administrativos pela presença de cláusulas exorbitantes”. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2010, p. 61.

²⁰⁹ ESCOLA, Héctor Jorge. **Compêndio de Derecho Administrativo**. Volumen II. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990, p. 646. Tradução livre. No original: “Las modalidades propias del derecho administrativo, que rige los contratos administrativos, la posición de subordinación que por lo común tiene en ellos el cocontratante particular frente a la administración, y la finalidad de interés público que en todos los casos persigue la administración con la relación contractual que se establece, son las causas que hacen que en esta contratación lo corriente es que los contratos se configuren por la vía de la simple adhesión del cocontratante particular al esquema, condiciones y cláusulas preestablecidas por la administración, adquiriendo la estructuración del contrato el automatismo que se reconoce en los contratos de adhesión”.

e abstratamente obtido a partir do exercício da avaliação discricionária do administrador público, no momento da celebração do contrato ou da necessidade de sua alteração unilateral, por exemplo, com base na interpretação do texto normativo. A teoria do contrato administrativo fundamenta-se, pois, na ideia de que a Lei seria capaz de capturar todas as circunstâncias e dar respostas a todas as situações com as quais o Administrador pudesse se deparar. O resultado disso é a desnecessidade de manifestação do contratado ou de interessados no processo de definição do que seja o interesse público em determinada situação concreta, posto que a sua aplicação decorreria de modo quase natural da própria Lei e dos princípios e regras do Direito Administrativo, a partir de uma racionalidade própria das estruturas burocráticas de Administração²¹⁰.

Entretanto, desafiando estes postulados, o capítulo seguinte terá o propósito de demonstrar a superação dessa concepção de Estado e de Direito Administrativo, a partir do reconhecimento de mudanças na forma de se conceber o interesse público. Os novos contornos da Administração na contemporaneidade, mais próxima dos cidadãos e preocupada com a garantia dos direitos e dos interesses dos administrados, já não admite a aplicação incondicional do poder extroverso e do unilateralismo, e reclamam a participação efetiva dos administrados na formação dos atos praticados pela Administração, na maior expressão de *consensualidade*. O melhor entendimento destas transformações será de grande valia para a compreensão de como a maior importância conferida ao elemento consensual modifica e transforma o instituto do contrato administrativo nos tempos atuais, reclamando a reformulação de sua teoria.

²¹⁰ Essa é a observação de Luciano FERRAZ: “*O direito administrativo no Estado Liberal (Século XIX) coincidiu com a fase da administração pública burocrática, baseada na estrutura lógico-formal weberiana (organização, competência, hierarquia, divisão do trabalho, carreiras funcionais, especialização, imparcialidade, racionalidade, formalismo) sustentado por princípios de autoridade (poder de império, executoriedade, autotutela, discricionariedade)*”. **Contrato administrativo – Possibilidade de retomada, prorrogação ou renovação do ajuste – Manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial – Atenção às exigências da Lei de responsabilidade fiscal**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 14, junho-agosto, 2002. Disponível na internet: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 23 de abril de 2013, p. 3.

CAPÍTULO II – A TEORIA DESAFIADA

O primeiro capítulo da Dissertação procurou demonstrar como a noção de interesse público e a formação inicial do Direito Administrativo serviram para estabelecer os parâmetros daquilo que consideramos a teoria do contrato administrativo prevalecente entre nós, bem como para demonstrar como a doutrina brasileira serviu-se da experiência do direito comparado para estabelecer o seu conceito e aplicação do contrato administrativo, indo até mais além para adotar uma posição bastante abrangente quanto a incidência do regime de prerrogativas aos contratos celebrados pela Administração. Serviu também para evidenciar a pouca importância do *consenso* para a teoria do contrato administrativo – onde vigora a imperatividade, a autoexecutoriedade e a unilateralidade –, assim como para demonstrar a tendência à generalização da adoção de um regime jurídico único a todo e qualquer contrato firmado pela Administração – o que foi de certo modo aceito pelo Direito positivo (Lei nº 8.666/93) –, partindo-se da inadvertida premissa de todo contrato administrativo deve seguir um regime rígido, estatutário, predador de prerrogativas de ação unilateral capazes de colocar a Administração em posição de superioridade em relação ao particular-contratado.

Pois bem, assim identificados os contornos da teoria do contrato administrativo, cumpre agora voltar os olhos para as notáveis transformações por que passa o Estado de Direito e o Direito Administrativo na atualidade, desafiados pelo questionamento sobre a vigência de muitos de seus mais tradicionais institutos. A identificação das causas das transformações e dos impactos que estas transformações acarretam para o estudo do Direito Administrativo como um todo será o objeto central de estudo neste capítulo. A intenção será apresentar alguns dos pressupostos fáticos e jurídicos que são capazes de desautorizar muitos dos postulados teóricos que fundamentaram a teoria do contrato administrativo da modernidade, com vistas a apontar a necessidade de reformulação dessa teoria em vista dos desafios inerentes às complexidades do mundo contemporâneo.

2.1. Novos paradigmas do Direito Administrativo contemporâneo

No capítulo precedente, vimos que todo o instrumental teórico do Direito Administrativo – ainda prevalecente entre nós –, teve origem no século XIX e início do século

XX, quando foram consolidados conceitos como “Estado de Direito”, “legalidade estrita”, “discrecionariedade administrativa”, “poder de polícia”, entre outros. Como destaca JUSTEN FILHO, “*a fundamentação filosófica do direito administrativo se relaciona com a disputa entre DUGUIT e HARIOU, ocorrida nos primeiros decênios do século XX*”, razão pela qual o nosso Direito Administrativo é, “*na sua essência, o mesmo de um século atrás*”²¹¹.

Nada obstante o acerto desta constatação, o fato é que as transformações do Estado de Direito e da sociedade verificadas a partir da segunda metade do século XX colocam à prova os dois pilares sobre os quais erigiu-se o Direito Administrativo no período moderno. Os pressupostos da *Lei* representativa da vontade geral e do *interesse público* único e exclusivo põem-se cada vez mais desafiados, por inúmeras causas, dentre as quais: (a) a constitucionalização de direitos retratada na força normativa dos princípios constitucionais; (b) a crescente transferência do legislativo de poderes para o executivo diante do reconhecimento da impossibilidade de se legislar sobre todas as situações do mundo da vida²¹²; (c) o aumento da demanda do Estado de bem-estar social a partir do incremento do número de funções públicas; e (d) a multiplicidade de interesses públicos envolvidos no globalizado e complexo mundo contemporâneo.

Sem pretender exaurir os motivos ensejadores destas transformações, cumpre tecer breves considerações a respeito das principais causas do movimento de transição de paradigmas do Direito Administrativo a que temos assistido nas últimas décadas, com foco nos elementos considerados essenciais para a melhor compreensão da necessidade de uma releitura contemporânea da teoria do contrato administrativo.

2.1.1. Crise da legalidade estrita

Talvez o vetor mais evidente dessas mudanças consista na profunda relativização do princípio da *legalidade estrita*, que perde força diante da eficácia normativa dos *princípios*

²¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 6ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 13.

²¹² Ao ter que normatizar situações cada vez mais complexas, técnicas, a qualidade do comando legal e do texto normativo vai se precarizando, com a necessidade do administrador manejar comandos legais dúcteis, abertos, imprecisos e contraditórios, levando a uma reduzida função ordenadora por parte da lei. Sobre o tema, ver DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. **Em busca do ato administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003.

*constitucionais*²¹³. Embora a positivação do Direito tenha sido, sem dúvida, o fator mais importante que propiciou o exercício do controle da Administração Pública através da afirmação e consolidação do princípio da legalidade²¹⁴, o fato é que após a consagração dos direitos sociais de segunda geração na Constituição de Weimar de 1919, seguida da crise de 1929 e do período pós-guerras, não houve mais como se conceber que os fatos não eram importantes para o Direito. A partir de então, não basta mais que a lei diga o que é o Direito, mas é preciso que a lei seja justa, ganhando força o Direito por princípios.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO destaca que o primeiro passo no sentido dessa evolução foi dado pela Lei Fundamental da Alemanha, de 1949, quando no art. 30 ou art.20, § 3º, preceituou que “*o poder legislativo está vinculado à ordem constitucional; os poderes executivo e judicial obedecem à lei e ao direito*”²¹⁵. O advento do constitucionalismo pós-moderno, partindo da afirmação da Lei Fundamental de Bonn, do art. 20, §3º já referido, da

²¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Da constitucionalização do Direito Administrativo: Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, e RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 175-196. Embora reconheça como correto se falar em crise do princípio da legalidade, ao comparar o seu sentido tal como concebido na primeira fase do Estado Moderno, com o seu sentido atual, a autora considera imprópria a utilização do termo crise para retratar esta transformação, preferindo não falar em crise para evitar isentar a Administração Pública do cumprimento da lei, porque isto significaria acabar com o Estado de Direito.

²¹⁴ Influenciada diretamente pelos ideais liberais consagrados nos principais sistemas constitucionais do início do século XIX – a partir da ideia de que a Lei era elaborada dentro de um sistema lógico-jurídico despidido de qualquer conteúdo valorativo, capaz de retratar todas as situações da vida social –, a concepção de legalidade estrita trouxe inúmeros reflexos para a atividade da Administração, e fez com que praticamente todos os mecanismos de controle do poder no segundo período do Estado Moderno estivessem sempre atrelados ao dever de estrito cumprimento das normas. Tanto que a primeira manifestação do controle do poder tem origem com o advento do “rule of law” na Inglaterra, quando o Parlamento passa a exercer o controle de legalidade dos atos praticados no exercício do poder estatal, nascendo a concepção de império das leis ao submeter o Estado às mesmas regras a que estão sujeitos os particulares (*common Law*). Naquele momento, o normativismo jurídico considera a lei como inquestionável e justa, conferindo grande importância à forma e à competência em detrimento ao conteúdo e à busca da justiça.

²¹⁵ O reconhecimento da Lei Fundamental Alemã como marco do nascimento da constitucionalização também é expresso por Luís Roberto BARROSO: “*Há razoável consenso de que o marco inicial do processo de constitucionalização do direito foi estabelecido na Alemanha. Ali, sob o regime da Lei Fundamental de 1949 e consagrando desenvolvimentos doutrinários que já vinham de mais longe, o Tribunal Constitucional federal assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham uma outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores. O sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do direito, público ou privado, e vinculam os Poderes estatais. O primeiro grande precedente na matéria foi o caso Lüth, julgado em 15 de janeiro de 1958*”. **A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. P. 31-63.

dupla vinculação da função administrativa à Lei e ao Direito, suscitava, desde logo, duas consequências radicais, bem retratadas na obra de MOREIRA NETO: *“a primeira, que o velho conceito de legalidade estrita (...) se tornara insuficiente para qualificar a juridicidade do desempenho dessa função (...); e a segunda, que a Administração não é um poder soberano do Estado e, por essa simplíssima razão, não pode pretender apartar-se olímpicamente dos princípios gerais de direito vigentes na ordem jurídica de uma sociedade”*²¹⁶. Consolidava-se, desse modo, a grande conquista pós-moderna da vinculação constitucional da função administrativa ao Direito.

A partir desse momento, a Constituição e os princípios constitucionais apresentam-se como formas de controle da atuação estatal, seja no antecedente (controle de constitucionalidade das normas), seja no consequente (controle de conformidade dos atos governamentais e administrativos). É nesse sentido que Luís Roberto BARROSO exprime a ideia de um princípio da supremacia da Constituição, através do qual: *“O atual estágio de constitucionalização do direito teve como antecedentes o movimento de aproximação entre constitucionalismo e democracia, a força normativa da Constituição e a difusão da jurisdição constitucional”*²¹⁷. Por isso é que, no Estado Democrático de Direito, tão importante quanto a legitimidade do governo é a *“conformação dos atos governamentais com os princípios gerais constitucionais, bem assim a observância dos limites dos poderes”*²¹⁸.

A nova concepção do direito por princípios e a constitucionalização da Administração Pública acarretaram novos contornos ao exercício da função administrativa, como bem salientou J.J. CANOTILHO: *“Os princípios do Estado de direito (proporcionalidade, não retroatividade, confiança, segurança), e os princípios constitucionais da administração (legalidade, imparcialidade, justiça) forçam a reconstrução do direito administrativo à luz do direito constitucional”*²¹⁹. Com isso, a visão do princípio da legalidade exclusivamente numa

²¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Políticas Públicas e Parcerias: Juridicidade, Flexibilidade Negocial e Tipicidade na Administração Consensual**. BLC – Boletim de Licitações e Contratos, Ano XXI, nº 1 – Janeiro/2008.

²¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. P. 31-63.

²¹⁸ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 117.

²¹⁹ Id. Ibid, p. 118-119.

perspectiva lógico-formal, típica do positivismo clássico, não mais se coaduna com os fins a que o Direito Administrativo contemporâneo se propõe, passando a fazer mais sentido, diante da complexidade das situações do mundo atual e da incapacidade da Lei considerar, *ex ante*, todas as circunstâncias envolvidas, uma atuação administrativa pautada por princípios como a moralidade, a razoabilidade, a proporcionalidade, a eficiência etc.

Como cada vez mais a lei não é suficiente para prever todas as situações possíveis, trazendo conceitos fluidos e conferindo grande margem de liberdade à Administração (discrecionabilidade e mérito do ato), a atividade administrativa passa a ser cada vez mais aberta, pautada mais por princípios do que por normas. A partir do momento que a atividade da Administração passa a estar vinculada não somente à lei, mas também aos princípios e regras, isto demanda a necessidade de mudança de interpretação na aplicação do ordenamento jurídico, com a necessidade de um cotejo entre normas *prima facie* e a lei, a fim de se chegar à decisão justa em cada caso concreto. Isto ocorre fundamentalmente porque, enquanto o Direito Administrativo do século XIX caracterizou-se pelo seu caráter autoritário e pela previsibilidade das situações, “*a rápida evolução dos fatos tecnológicos e financeiros, as constantes modificações legais e a impossibilidade de qualquer previsão, a médio ou longo prazo, no plano econômico exigiram uma reformulação do Direito Administrativo, que, como os demais ramos do direito, passou a constituir um direito flexível, na feliz expressão de Jean CARBONIER*”²²⁰.

Desse modo, os princípios gerais de Direito e os princípios da moralidade, da razoabilidade, do interesse público, da motivação, têm não apenas o papel de complementaridade, mas assumem a função de ampliar o princípio da legalidade, e passam a figurar como essenciais na delimitação do âmbito da discrecionabilidade que a lei confere à Administração Pública. O sentido da evolução do princípio da legalidade tem sido justamente esse, o de ampliar a legalidade e reduzir a discrecionabilidade²²¹.

²²⁰ WALD, Arnoldo. **Novas tendências do direito administrativo: flexibilidade no mundo da incerteza.** Revista de Direito Administrativo., n. 202, out/dez, 1995, p. 44.

²²¹ Maria Sylvia Zanella DI PIETRO assim conclui: “*evidencia-se que o princípio da legalidade, se comparado com sua elaboração em suas origens, percorreu um longo caminho e foi sofrendo alterações, sempre no sentido de acréscimo e não de redução. O princípio se enriqueceu no momento em que passou a abranger toda a atividade administrativa, a ainda mais na fase em que houve a inclusão de princípios e valores na Constituição, levando a uma ampliação do princípio da legalidade e a uma redução da discrecionabilidade. Por isso, pode-se concluir que a constitucionalização não reduziu a legalidade, nem a substituiu. Ao contrário, ela ampliou o*

Assim, uma vez superada a ideia restrita de vinculação positiva do administrador à Lei, a Administração agora não só pode como deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente de qualquer manifestação do legislador ordinário. Significa dizer, “*o princípio da legalidade transmuda-se em princípio da constitucionalidade ou em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à constituição e à lei, nessa ordem*”²²².

No Brasil, além da parte introdutória da Constituição, onde são afirmados os seus princípios fundamentais, diversos outros dispositivos revelam a preocupação com determinados valores a serem observados no desempenho das funções estatais e, dentro destas, da função administrativa. Esta já não está mais submetida apenas à Lei, em sentido formal, mas a todos os princípios que consagram valores expressos ou implícitos na Constituição, relacionados com a liberdade, igualdade, segurança, desenvolvimento, bem-estar e justiça. Não sem razão, “*a partir da Constituição de 1988, o princípio da legalidade e a discricionariedade sofreram reflexos da constitucionalização de valores e princípios que passaram a orientar a atuação dos três poderes do Estado*”²²³.

A elevação dos direitos fundamentais ao nível constitucional e a releitura do princípio da legalidade são os protagonistas de uma verdadeira evolução dos modelos pensados tradicionalmente para o exercício do poder. Na medida em que a legalidade progressivamente se afasta de uma concepção estrita, para abarcar os princípios e valores emanados da Constituição, com necessária submissão dos órgãos estatais à obediência das pautas valorativas

conteúdo do princípio da legalidade, criando maiores limites à discricionariedade legislativa e administrativa”.
Da constitucionalização do Direito Administrativo: Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, e RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 2010, p. 175-196.

²²² BARROSO, Luís Roberto. **A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo.** In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas.** Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 31-63.

²²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Da constitucionalização do Direito Administrativo: Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa.** In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, e RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 2010, p. 175-196. Seguindo a tendência da concepção de um direito por princípios, a autora conceitua o controle da Administração Pública: “[...] *pode-se definir o controle da Administração Pública como o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico*”.

salvaguardadas no sistema jurídico-constitucional, não há como negar a necessidade de reformulação do modo de atuação da Administração Pública.

A função administrativa passa a ser uma atividade de contraste agora também entre os fatos e os princípios, e não só entre os fatos e as leis²²⁴. Os princípios não têm apenas o papel de complementaridade do princípio da legalidade, mas devem assumir o papel de ampliar o princípio da legalidade. Dessa maneira, revela-se clara uma visão pós-moderna do Direito Administrativo, não mais definido como um sistema absolutamente fechado e restrito a uma legalidade pura, fundada em míticas razões de Estado e na perigosa noção de supremacia do interesse público, ou, ainda, em uma exacerbada valorização do formalismo procedimental. Como assevera Luciano FERRAZ: “*Em termos hodiernos, a imperatividade e a estrita legalidade cedem espaço, respectivamente à consensualidade e à legitimidade*”²²⁵.

O resultado disso é a relativização – para não dizer o afastamento – da ideia de um poder superior ao qual se encontraria submetido o particular diante dos atos da autoridade pública, com o progressivo aumento das situações em que se pode observar uma relativa paridade entre a Administração e o administrado na subordinação à lei e à Constituição. Consequentemente, substitui-se a “*unilateralidade e superioridade típicas do Estado de Direito formal por uma reciprocidade fundadora do próprio Estado e das suas relações com os cidadãos vai determinar uma subjetivização tendencial da lei administrativa e a consequente perspectivação da Administração e dos particulares como sujeitos de relações jurídicas conformadas pela mesma lei*”²²⁶.

²²⁴ Embora haja que enxergue uma ampliação da discricionariedade administrativa, a consolidação do Estado Democrático de Direito inegavelmente amplia a possibilidade de controle dos atos administrativos, porque, por essa via, poderão ser corrigidos os atos administrativos praticados com inobservância não apenas de normas, mas também de certos valores adotados como dogmas em cada ordenamento jurídico.

²²⁵ FERRAZ, Luciano. **Contrato administrativo – Possibilidade de retomada, prorrogação ou renovação do ajuste – Manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial – Atenção às exigências da lei de responsabilidade fiscal**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 14, junho-agosto, 2002. Disponível na internet: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 23 de abril de 2013. O autor cita ainda o ensinamento de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, também pertinente ao que se procura retratar: “*ao refluxo da imperatividade [...] reconhece-se que ela não só tem limites jurídicos, opostos a seu emprego para evitar abusos, como condicionantes políticos, para que possa alcançar maior eficiência administrativa [...]. Com o Estado de Direito surgiu o limite da legalidade, estabelecido pela lei. Com o Estado Democrático, de feição pluriclasse, afirma-se o limite da legitimidade...*” **Mutações do direito administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40.

²²⁶ MACHETE, Pedro. **Estado de direito democrático e administração paritária**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 58.

2.1.2. Perda da exclusividade estatal na tutela do interesse público

Ao mesmo tempo, como segundo vetor das transformações do Direito Administrativo, também a noção de supremacia do interesse público passa ser desafiada²²⁷. Quanto mais a sociedade evolui, quanto maior a multiplicidade de interesses públicos coexistentes no meio social, mais há uma liberação para o agente do poder público concretar o que seja o interesse público em cada caso, e quando deve ser feita a constrição dos direitos dos indivíduos. A fragmentação, a multiplicidade de demandas da sociedade atual, deixa evidenciado que o interesse público não é único. Vários interesses transcendentais aos interesses individuais (mais relevantes do que interesses particularísticos, portanto), confrontam-se diante da decisão a ser arbitrada pela Administração na escolha daquele que deve prevalecer. A ideia de interesse único é confrontada com a multiplicidade de interesses a disputar a ação da Administração, havendo cada vez mais a necessidade de privilegiar um determinado interesse público em detrimento de outro, e muitas vezes prestigiando interesses privados de forma desigual²²⁸.

²²⁷ Sobre a “desconstrução” do princípio da supremacia do interesse público, ver Humberto ÁVILA. **Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular**, In: SARMENTO, Daniel (org.), **Interesses Públicos ‘versus’ Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005 [1998], pp. 171-215. Consoante observa Gustavo BINENBOJM: “*Desde o trabalho pioneiro de Humberto Bergmann Ávila (...), em que se demonstrou de forma cabal o vazio conceitual do dito princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que o tema está a carecer de um tratamento sistemático. Segundo Ávila, o referido princípio não pode ser entendido como norma-princípio, seja sob o prisma conceitual, seja do ponto de vista normativo, nem tampouco pode ser compreendido como um postulado normativo*”. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 95. Marçal JUSTEN FILHO também questiona o princípio da supremacia do interesse público no Direito brasileiro, pois seria impossível conceber um único interesse público. Cf. **Conceito de interesse público e a ‘personalização’ do direito administrativo**. RTDP 26/115-136, São Paulo: Malheiros Editores, 1999; **O direito administrativo de espetáculo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 79; e **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15ª Edição. São Paulo: Dialética, 2012, p. 809. Nesta última obra, o autor assim expressa o seu pensamento mais atual sobre o tema: “*Um dos fundamentos usualmente invocados para a adoção de regime diferenciado para os contratos administrativos reside na chamada ‘supremacia do interesse público’*. Ao longo dessa obra, tem-se advertido para os riscos de utilização desmedida dessa fórmula verbal. (...) a tutela aos interesses coletivos não significa a autorização jurídica para o sacrifício automático, generalizado e sistemático dos interesses individuais. Rejeita-se a adoção da terminologia incerta e potencialmente autoritária do conceito de interesse público. Essa orientação envolve o afastamento de enfoque doutrinário tradicional. Na lição tradicional clássica, a atribuição ao Estado de prerrogativas extraordinárias era reflexo da supremacia estatal em vista do particular. Essa é, por exemplo, a orientação adotada por Hely Lopes Meirelles. Segundo esse enfoque, as características do contrato administrativo derivariam da supremacia do interesse público sobre o particular. O próprio autor perfilhou essa orientação anteriormente...”.

²²⁸ É o que ocorre, por exemplo, na situação de desapropriação de área de manancial, onde o interesse da preservação do abastecimento da água confronta-se com o interesse do direito à habitação e moradia digna, ambos tutelados e legítimos perante o direito.

A passagem de uma sociedade monoclasa – na dicção de GIANNINI²²⁹ – para a sociedade pluriclasa atual²³⁰, traz como consequência uma reversão do esquema tradicional do Direito Administrativo, através da superação dialética do princípio da supremacia para o *princípio da prevalência* do interesse público, manifestada em basicamente três vertentes bem identificadas por Floriano de Azevedo MARQUES NETO: “(a) *interdição da proteção dos interesses particularísticos em detrimento dos interesses transindividuais*; (b) *obrigatoriedade de ponderação de todos os interesses públicos em cada caso específico (proporcionalidade)*; e (c) *necessidade de fundamentação da escolha do interesse público a ser protegida em detrimento dos demais (motivação)*”²³¹.

Ora, não se mostra factível pretender extrair de uma sociedade fragmentada pela pluralidade de interesses um interesse público unívoco, obtido *a priori* – portanto abstratamente – pelo juízo de discricionariedade do Administrador público, o qual passaria a prevalecer sobre qualquer outro interesse que possa ser concretamente verificado. Se é verdade que existe uma pluralidade de interesses igualmente legítimos merecedores de tutela jurídica – e a realidade não nos deixa ignorar esse fato –, também é verdade que “*cada caso envolverá determinados interesses para arbitramento ou composição pela Administração Pública tendo em vista as circunstâncias práticas e jurídicas deduzidas no processo administrativo*”²³².

Vale observar que, especialmente no Brasil, o princípio da supremacia do interesse público muitas vezes é utilizado do modo arbitrário justamente em virtude de sua fluidez conceitual²³³. Diante da indeterminação desse conceito, o Poder Público é detentor da

²²⁹ GIANNINI, Massimo Severo. **Il Pubblico Potere**, Bolonha, 1986, p. 124 e ss.

²³⁰ Citando Vital Moreira, Alexandre Santos de ARAGÃO adverte “*Hoje a ‘unidade da administração é uma ficção’, sendo incontroversa a sua natureza ‘pluriformica e pluricêntrica’, (...) o que constitui ‘resultado natural da passagem do Estado burguês oitocentista, tipicamente monoclassista’, voltado exclusivamente para a proteção dos interesses da burguesia então vitoriosa, para o Estado pluriclasa contemporâneo (sufrágio universal, acesso democrático aos cargos da administração pública, desenvolvimento dos sindicatos, prestações estatais positivas etc), que necessariamente reflete na sua organização o incontornável e crescente pluralismo da organização social’*”. **Descentralização Administrativa – sua evolução face às reformas à Constituição de 1988**. Tese aprovada por unanimidade no XXVI Congresso Nacional dos Procuradores do Estado – Goiás/2000, A & C, ano 3, nº 11, jan/fev/mar 2003, p. 119.

²³¹ São preciosas as lições do autor em seu **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 147-158.

²³² PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2010, p. 152.

²³³ Assim destaca Floriano de Azevedo MARQUES NETO: “*...a noção de interesse público é indeterminada, aberta e abstrata. Podemos afirmar o que não é interesse público com alguma facilidade. Dificilmente, porém, conseguiremos defini-lo de forma precisa, de tal sorte que seja sempre de fácil identificação qual seja tal interesse*

prerrogativa de preenchê-lo diante do caso concreto, a partir da interpretação e aplicação da Lei e dos princípios constitucionais em cada situação, de modo unilateral²³⁴. Assim determinado o seu conteúdo jurídico no caso concreto, esse interesse público unilateralmente definido pela Administração passa a prevalecer sobre todo e qualquer outro interesse – público ou privado – eventualmente coexistente, deixando marcada a posição de supremacia e autoridade da própria Administração na promoção do “bem comum”²³⁵.

É justamente em face do unilateralismo, do caráter abstrato e da suposta unicidade do interesse público que a doutrina mais recente levanta vozes contrárias ao princípio da

no cotejo entre as diferentes pautas e aspirações postas ao agir administrativo. O máximo que conseguiremos será bosquejar formulações genéricas do tipo: 'interesse público é aquele pertencente a todos e cada um', 'é o conjunto de interesses detido por cada membro da coletividade por a ela pertencer'. Tais fórmulas, mesmo as mais elaboradas, não deixam de ser recursos retóricos que não elidem o fato de que tal noção é dúctil, vazia, genérica e abstrata. Um verdadeiro axioma, diante do qual, na impossibilidade de conhecer, há que acreditar". **A bipolaridade do Direito Administrativo e sua superação.** No prelo. O autor lembra, a propósito, a seguinte passagem da obra de José Manuel SÉRVULO CORREIA: “O conceito de interesse público é daqueles cuja evidência intuitiva não facilita em muito a definição. Embora seja a ideia dominante de todas normas jurídico-administrativas, ele não é, como observa JEAN RIVERO, aconselhável como elemento caracterizador do Direito Administrativo, visto que, quando a Administração Pública utiliza meios de Direito Privado, é ainda o interesse público a guia-la”. **Os princípios constitucionais da Administração Pública.** In: MIRANDA, Jorge (Coord.). Estudos sobre a Constituição. Lisboa: Livraria Petrony, 1979, p. 662 e ss.

²³⁴ É ao mesmo administrador público que recai inteiramente o dever de, no âmbito do exercício discricionário do seu poder – e sempre diante de determinado caso concreto –, definir o conteúdo daquilo que se entende por finalidade da norma ou *interesse público*. Por esse motivo, o que geralmente se verifica é que há um controle muito fraco dos atos administrativos discricionários, limitando-se a um controle meramente formal de legalidade, sendo o *interesse público* quase sempre utilizado para “justificar” qualquer ato que se pratique com a “melhor” interpretação da norma. Assim, uma vez que parte importante da interpretação (o que é *interesse público*) ainda é decidida arbitrariamente pelo Administrador Público, não se pode afirmar que há, de fato, uma contenção efetiva da discricionariedade tal como reclama o novo conceito de Estado Democrático de Direito. Por exemplo, não raro o mesmo *interesse público* adotado pela Administração para fundamentar a prática de determinado ato administrativo, como a execução de determinada obra pública (v.g.), serve também de fundamento para justificar a desnecessidade de execução da mesma obra pública pouco tempo depois, bastando para isso que o ato administrativo preencha os requisitos exigidos por lei e que conte com a devida fundamentação. Isto acontece porque o conceito de *interesse público* é aberto, sendo preenchido pelo Administrador com o conteúdo que melhor satisfaça aos interesses da própria Administração naquele dado momento.

²³⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 102. Vale esclarecer que o autor não “nega, de forma alguma, a importância de um conceito de interesse público (como resultado de juízos ponderativos, e não como um pressuposto abstrato e apriorístico), mas tão-somente a existência de um princípio da supremacia do interesse público. Explica-se: se o interesse público, por ser um conceito jurídico indeterminado, só é aferível após juízos de ponderação entre direitos individuais e metas ou interesses coletivos, feitos à luz de circunstâncias normativas e fáticas do caso concreto, qual o sentido em falar num princípio jurídico que apenas afirme que, no final, ao cabo do processo ponderativo, será obtida uma solução (isto é, o interesse público concreto) que sempre prevalecerá? Em outras palavras: qualquer que seja o conteúdo desse ‘interesse público’ obtido em concreto, ele sempre prevalecerá. Ora, isso não é um princípio jurídico. Um princípio que se presta a afirmar que o que há de prevalecer sempre prevalecerá não é um princípio, mas uma tautologia. Daí propor-se que é o postulado da proporcionalidade que, na verdade, explica como se define o que é o interesse público, em cada caso. O problema teórico verdadeiro, para o direito administrativo, não é a prevalência, mas o conteúdo do que deve prevalecer”.

supremacia do interesse público, enquanto dogma do Direito Administrativo. Em função da multiplicidade e complexidade de identificação dos interesses públicos e arbitramento daquele que deve prevalecer em cada caso concreto, fica cada vez mais difícil pressupor que a tutela do interesse público seja exclusividade do Estado²³⁶. Ao mesmo tempo em que não há apenas um interesse público absoluto, pensado por todos os cidadãos enquanto parte de uma vontade social, não é mais possível pretender reduzir o interesse público à soma de interesses individuais, pois não há como se conceber que cada cidadão tenha as mesmas ideias do que seja esse interesse geral do corpo social.

Toda esta nova forma de enxergar a Administração Pública traz consigo uma substancial *modificação* na forma de definir o *interesse público* em cada situação concreta. Na medida em que o Estado não consegue mais ser o tutor exclusivo dos múltiplos interesses agora coexistentes na esfera pública, nem tampouco agir apenas de forma autoritária²³⁷, afirma-se a necessidade de *ponderação* entre os diversos interesses públicos, a fim de que se possa, com isso, encontrar qual o verdadeiro *interesse público mais relevante* em determinado caso concreto – entre aqueles considerados legítimos pelo ordenamento – segundo esta concepção de vida em sociedade e de *solidariedade* entre os componentes do corpo social, evitando-se a definição do conteúdo do interesse público de forma arbitrária e unilateral.

Significa dizer, segundo a lição de MOREIRA NETO, que o “público” cada vez menos se assemelha a algo inerente, próprio e exclusivo do Estado, tal como se apresentava no século XX, para se transformar em um “*espaço decisório de um conjunto de interesses metaindividuais da sociedade compartilhado com o Estado, o que rompe um presumido*

²³⁶ Esse fenômeno é sumariado por Jacqueline MORAND-DEVILLER, ao resumir com clareza toda a gama de problemas decorrentes da ideia de interesse público único e exclusivo do Estado: “*O interesse público não é mais um dado, mas uma construção, e o antigo postulado segundo o qual a Administração presumia-se agir no interesse público, legitimação a priori e extrínseca, não é mais aceito. (...) O interesse público se decompõe em diversos interesses públicos, todos igualmente importantes porque detêm essa qualidade, mas que divergem e podem se achar em conflito: aquele da organização do território e o da proteção ao meio ambiente; o da manutenção da ordem pública e o da proteção das liberdades. A definição de interesse público não é mais um monopólio do Estado e cada vez mais se admite que existam interesses públicos locais. O Estado não tem o monopólio do bem público e admite-se, já faz algum tempo, que as coletividades locais e, mesmo os particulares possam ‘concorrer’ com o Estado na defesa do interesse público*”. **Poder Público, serviço público: crise e conciliação**. RDE: Revista de Direito do Estado, Ano 1, nº 4:387-401, out/dez 2006.

²³⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 157 e ss.

monopólio estatal sobre inúmeras funções de interesse transindividual, historicamente por ele absorvidas”²³⁸.

A consequência direta destas transformações da sociedade contemporânea é a superação de dois dos principais paradigmas do Direito Administrativo da época moderna. De um lado o princípio da legalidade estrita, segundo o qual a Administração só pode fazer aquilo que a lei determina, passa a ser desafiado pela ideia de vinculação da Administração ao Direito como um todo (princípio da juridicidade); de outro lado, a noção de supremacia e de exclusividade estatal da tutela do interesse público passa a ser progressivamente substituída pela ideia de *consenso* e de *bilateralidade*²³⁹. É desse modo que o Direito Administrativo, inicialmente concebido com caráter publicista e autoritário, balizado pela ideia de legalidade e de unicidade do interesse público, tende a se avizinhar de instrumentos típicos do Direito Privado, ou seja, a expansão do Direito Administrativo gera uma aproximação cada vez maior com a iniciativa e com o modo de atuar dos sujeitos privados, o que vai trazer como consequência um significativo aumento do espírito colaborativo entre a Administração e os particulares na busca pela tutela do interesse público prevalecente em dada situação²⁴⁰.

2.1.3. A expansão da Democracia participativa

O terceiro fator de transformação a desafiar a teoria do contrato administrativo não fica circunscrito ao Direito Administrativo, nem tampouco é um fenômeno exclusivo da ciência do Direito. A maior participação cidadã no processo de tomada de decisão estatal é um processo muito mais amplo, e projeta-se no campo da ciência política e social através da noção de *Democracia*. Por isso, antes da análise do conteúdo da “consensualidade” no âmbito da Administração Pública – objeto de preocupação e estudo do Direito Administrativo –, vale notar a ocorrência de um movimento de “democratização” que assistimos desde a crise do

²³⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 113.

²³⁹ Na feliz observação de Sabino CASSESE: “*a supremacia do direito administrativo vem se erodindo*”. **Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX ao XXI secolo**. Rivista Trimestale di Diritto Pubblico, n. 1, p. 35., 2002. Texto traduzido publicado na Revista Interesse Público – IP, Fórum: Belo Horizonte, ano 6, n. 24, mar./abr. 2004.

²⁴⁰ Na medida em que cada vez mais são criadas novas formas de contratação com o objetivo de viabilizar a consecução das finalidades públicas através de colaboração com os particulares – como instrumentos utilizados pelo Estado para diminuir o seu âmbito de atuação e assim garantir maior eficiência ao agir administrativo –, mais se intensificam os estudos dedicados ao tema das parcerias no Direito Administrativo da atualidade.

Estado de Bem-Estar Social até o período atual que poderíamos designar de “pós-modernidade”²⁴¹.

Com efeito, o conceito de *Democracia*²⁴² forjado ao longo do período moderno evidencia o estreito relacionamento desse conceito com a emergência e consolidação do Estado liberal e do modelo de economia de mercado nas sociedades modernas ocidentais, como decorrência direta das Revoluções burguesas havidas no final do século XVIII²⁴³ e do desenvolvimento do modo de produção capitalista²⁴⁴. Dentre as principais características desse

²⁴¹ Adotamos aqui a mesma concepção de “pós-modernidade” expressa na obra de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, igualmente sem maior apelo filosófico ou científico: “(...) a expressão largamente em uso – pós-modernismo – não aponta qualquer conteúdo específico, de cunho filosófico ou científico, que tenha sido objeto de transformação, senão que o seu uso serve apenas para transmitir a ideia de mera sucessividade, ou seja, de uma sequência temporal de vigência de paradigmas”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 18. Aliás, para Boaventura de SOUSA SANTOS, “a relação entre o moderno e o pós-moderno é uma relação contraditória. Não é de ruptura total como querem alguns, nem de linear continuidade como querem outros, é uma situação de transição em que há momentos de ruptura e momentos de continuidade”. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1997, p. 103.

²⁴² A origem do termo *Democracia* remonta ao mundo antigo, segundo a trilha traçada por Platão e Aristóteles (Grécia antiga, século V a.C.). Na origem, democracia significava “poder do *demos*”, que consistia numa comunidade territorial que se configura como uma unidade política, ou seja, “uma comunidade de homens livres”. As determinações básicas desse conceito são a ideia de comunidade e de liberdade. Os cidadãos decidem os destinos da *pólis*, na *ágora*, a praça pública. Assim, na antiguidade, democracia significava a forma de governo baseada na soberania popular e na distribuição equitativa do poder, caracterizada pelo direito da população de participar das decisões sobre a administração pública, diretamente (democracia participativa) ou indiretamente, por meio de representantes eleitos livremente (democracia representativa). Para Aristóteles, o valor dos valores em uma democracia é a liberdade, sendo este o princípio da política democrática. Outro princípio seria viver sob a autodeterminação, que é justamente o contrário do conceito de escravidão. Dessa forma, somente em uma democracia haveria plena liberdade e somente a igualdade absoluta (que não é econômica, mas social e política) permitiria a democracia. O sistema idealizado por Aristóteles porém, entra em decadência com a derrota de Atenas na Guerra do Peloponeso (431 a.C.-404 a.C.). A partir de então, os ideais democráticos ficam “esquecidos” durante um longo período na história, só vindo a ressurgir com a Revolução Gloriosa, na Inglaterra, em 1688, momento no qual são estabelecidas as bases teóricas da divisão do poder (Executivo, Legislativo e Judiciário). A teoria da democracia é reforçada no século XVIII, com o Iluminismo e com a Revolução Francesa, que amoldam o conceito moderno de democracia prevaiente na civilização ocidental. É claro que este conceito, no entanto, não é exatamente idêntico ao conceito original da Antiguidade, uma vez que foi essencialmente modificado pelo liberalismo político ao pretender restringir o poder do governo no interesse da liberdade do indivíduo.

²⁴³ Talvez o principal teórico da democracia no período Revolucionário francês tenha sido o genebrino Jean-Jacques ROUSSEAU, para quem o termo reassume em parte o sentido que tinha na Antiguidade, quando as assembleias de cidadãos eram convocadas para adotar medidas de nítido caráter governamental. Democracia, para ROUSSEAU, é a forma de governo pela qual o soberano (entendido como ser coletivo, como exercício da vontade geral) pode confiar o governo “a todo o povo ou à maior parte dele, de modo que haja mais cidadãos magistrados do que cidadãos simples particulares”. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du Contrat Social / Principes du Droit Politique**, edited by C.E. Vaughen, Manchester, 1947. Os pensadores. 17ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 36.

²⁴⁴ A partir de então, como ressalta Jean ROCHE: “todas as declarações, todos os preâmbulos, todos os artigos constitucionais consagrados aos direitos e liberdades nos regimes oficialmente democráticos ou liberais, que vão se suceder de 1789 ao fim da primeira guerra mundial, ou mesmo depois, reafirmarão os direitos e os princípios

sistema político encontra-se o atributo *representativo*, ou seja, o cidadão comum, por supostamente não ter capacidade ou interesse político, ou mesmo por não possuir condições e tempo suficientes para a vida pública, elege os seus mandatários a quem incumbe a tomada de decisões em seu lugar²⁴⁵.

Os homens, impossibilitados de subsistirem por seus próprios meios no estado de natureza, isto é, como simples indivíduos, entre si contratam uma transformação na maneira de viver, unindo-se numa “*forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado com toda a força comum e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto antes*”²⁴⁶. A partir da Revolução, ressalta HABERMAS²⁴⁷, vem a liberação dos cidadãos dos antigos vínculos estamentais-corporativos e há o nascimento do Estado-nação, que tratou de dar fisionomia ao Estado Democrático de Direito, no qual a *Democracia*²⁴⁸ e os direitos passaram a formar o seu núcleo universalista

proclamados em 1789, alargando a lista algumas vezes”. Jean ROCHE *apud* VIDAL NETO, Pedro. **Estado de Direito: Direitos Individuais e Direitos Sociais**. São Paulo: LTr, 1979, p. 114-115.

²⁴⁵ SOUSA SANTOS, Boaventura de. **A Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2000, p. 73. Segundo Barrington MOORE (*As origens sociais da democracia e da ditadura*. Lisboa, Santos: Edições Cosmos / Livraria Martins Fontes, 1975, p. 49), a política, neste momento, pode ser resumida no direito do cidadão da sociedade burguesa de votar e ser representado por um corpo político que faz as leis, suprimindo-se – ao menos na teoria – a concessão de privilégios especiais em virtude de uma situação herdada, o que traz segurança para os direitos de propriedade, tolerância religiosa, liberdade de palavra e direito a reuniões pacíficas.

²⁴⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du Contrat Social / Principes du Droit Politique**, edited by C.E. Vaughen, Manchester, 1947. Os pensadores. 17ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 44.

²⁴⁷ Jürgen HABERMAS descreve a consciência revolucionária francesa como o “*berço de uma nova mentalidade, a qual é cunhada através de uma nova consciência do tempo, de um novo conceito de prática política e de uma nova ideia de legitimação*”. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, vol. II, 1997, p. 252. Segundo o autor, alguns conceitos são característicos dessa nova consciência instituída a partir da Revolução, tais como: o rompimento com o tradicionalismo; a prática política pela autodeterminação e pela autorealização, com a convicção de que todos os indivíduos são autores de seus próprios destinos (individualismo) e a confiança em um discurso racional que passa a legitimar o próprio poder político. Define-se, desde então, uma nova etapa da história, chamada por muitos de *modernidade* (Cf. HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 10ª ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005, p. 25). Conforme salienta Don SLATER: “*Ironicamente, um mundo baseado no interesse individual puro deixa o indivíduo numa condição de debilidade crônica. Sem uma cultura coletiva aglutinadora, sem solidariedade, o indivíduo – isolado, à mercê dos desejos momentâneos – fica vulnerável à manipulação e às formas mais sutis de falta de liberdade. Além disso, a modernidade, baseada num ataque maciço às formas de regulamentação coletiva ou social, despeja ironicamente novas formas de controle coletivo e social: instituições públicas burocráticas, grandes empresas multinacionais, meios de comunicação de massa, tecnocracia*”. **Cultura do consumo & modernidade**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Nobel, 2002. p. 76.

²⁴⁸ O autor salienta que “*Rousseau, o precursor da Revolução Francesa, entende a liberdade como autonomia do povo e como participação de todos na prática da autolegislação. Kant, o filósofo contemporâneo da Revolução Francesa (...) formula esse ponto da seguinte maneira: ‘somente a vontade unida e consensual de todos pode ser legisladora, na medida em que cada um decide sobre todos e todos sobre cada um, e somente a vontade popular*

fundamental, como bases do constitucionalismo moderno e marcos iniciais do Direito Constitucional²⁴⁹.

Por ser racional e válido universalmente, o Direito é concentrado em um único centro de produção jurídica, qual seja, o Estado. Essa figura abstrata tem a capacidade de pensar, criar e aplicar o direito válido e aceito por toda a sociedade, ou seja, há a criação de um verdadeiro monopólio jurídico no Estado²⁵⁰. A partir desta reflexão é que as teorias liberais do início do século XIX defenderão a *Democracia* representativa como única forma compatível com o Estado liberal, definido como aquele que reconhece e garante alguns direitos fundamentais, dentre eles a liberdade civil e política, identificando a *Democracia* como a liberdade do indivíduo de escolher livremente seus representantes²⁵¹.

geral unida pode ser legisladora”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, vol. II, 1997, p. 259.

²⁴⁹ Como destaca MOREIRA NETO: “*Esse novo constitucionalismo encontrou na Lei Básica de Bonn, de 1949, um expressivo modelo pioneiro: impregnado de valores, expressos como princípios constitucionais, declarando os fundamentos e as finalidades das Sociedades e balizando a ação do Estado, demarcando o seu legítimo campo de atuação. Constitucionalizavam-se, assim, com esses princípios, um conjunto de valores objetivos básicos (Grundwert) prestigiando os direitos fundamentais em referência ao homem e a necessidade de uma democracia substancial para o manejo do poder em referência ao Estado*”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 23.

²⁵⁰ Esta concepção é fortemente influenciada e reafirmada pelo pensamento de Hans KELSEN, para quem a *Democracia*, no plano da ideia, assume a conotação de forma de Estado e de sociedade na qual a vontade geral é realizada por quem está submetido à ordem social, isto é, pelo povo, entendido como a pluralidade de indivíduos a constituir um corpo unitário que ele mesmo classifica como fictício. Para o pensador alemão, a unidade do povo, essência da *Democracia*, deve ser pensada no sentido normativo-jurídico e não no sentido da realidade sensível, na qual obviamente nem todos os que fazem parte do povo como indivíduos participam, de fato, do processo de criação das normas que regem a ordem estatal. Cf. KELSEN, Hans. **A Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 35-36.

²⁵¹ O ideal da democracia liberal pode ser retratado no tipo democrático formulado por SCHUMPETER. Em resumo, o seu modelo de democracia a qualifica como um mecanismo para escolha e autorização de governos, a partir da competição entre grupos e partidos, cuja função dos votantes não é a de resolver os problemas políticos e sim de eleger representantes que o faça. Este modelo político está fundado no modelo do mercado econômico, na soberania do consumidor, na maximização racional dos ganhos, servindo o aparelho do Estado para estabilizar as demandas da vontade política. É clássica a definição *procedimental* de democracia de SCHUMPETER, para quem “*o método democrático é aquele arranjo institucional para chegar a decisões políticas em que os indivíduos adquirem o poder de decidir por meio de uma luta competitiva pelo voto do povo*”. SCHUMPETER, J.A. **Capitalism, Socialism and Democracy**. Nova Iorque; Londres: Harper & Brothers, 1942, p. 75. Também em WEBER, a democracia não tem, de forma alguma, um sentido amplo de soberania popular, sequer desempenhando um papel estrutural no Estado moderno, uma vez que a liderança deste seria prerrogativa de uma minoria qualificada. O Estado moderno, na concepção weberiana, apresenta uma tendência à burocratização, e a burocracia se apresenta antinômica à democracia, uma vez que “*as provisões abstratas que garantam o próprio implemento do procedimento democrático implica o monopólio do funcionalismo burocrático*”. GIDDENS, Anthony. **Política, Sociologia e Teoria Social**. São Paulo: UNESP, 1998, p. 33.

No entanto, considerando a constatação feita por MARX²⁵² ainda na primeira metade do século passado, segundo a qual o modelo de Estado liberal, mesmo ao afirmar o elemento democrático como uma de suas bases estruturais, não proporcionaria formas de participação política pelos diferentes atores sociais tal como proclamavam os seus discursos, percebe-se a necessidade de uma evolução da teoria liberal da Democracia. Ela não funciona porque a atuação dos representantes, organizados ou não em partidos políticos, geralmente não atende aos interesses dos representados, os quais são desprovidos de meios institucionais para exigir o devido cumprimento do mandato, além de não lhes ser possível revogá-lo, acarretando constantes decepções nos representados²⁵³.

A crise de representatividade e participação política na esfera pública é detectada em muitos teóricos como um grave problema de difícil solução, próprio das democracias liberais. Basta lembrarmos BOBBIO (ao enfatizar a presença da legitimidade negativa), MCPHERSON (ao identificar o colapso das democracias representativas e o antidemocratismo das elites

²⁵² MARX, Karl. **Manifesto do Partido Comunista**. Karls Marx com Friedrich Engels. Tradução de Sueli Tomazzini Barros Cassal. Porto Alegre: L&PM, 2001.

²⁵³ O mais relevante é notar que o próprio sistema político e a forma de governo adotada a partir das teorias liberais nascidas com a modernidade são a expressão mais evidente de que a sociedade evoluiu mais depressa do que os partidos e o sistema representativo. Com as novas tecnologias e com a globalização, houve uma profunda alteração na estrutura política que, no essencial, ainda se rege por modelos herdados do século XIX. Há um evidente esvaziamento do campo político verificado sobretudo nas sociedades capitalistas modernas, com a mídia desempenhando importante papel nesse processo de absentismo político. Segundo Leonel MOURA: Para o autor: “...uma simples reforma do sistema não conseguirá evitar o processo de degradação do campo político e do modelo de representação que lhe está associado. A desregulação da sociedade e das vidas atingiu já o descrédito das instituições democráticas e muito em particular a própria figura da administração pública. O público tornou-se sinónimo de negativo e o privado é tido como coisa positiva. [...] A adesão à economia de mercado, rapidamente se transformou no discurso da privatização do mundo... [...] A desvalorização da política tem pois várias origens. Por um lado é obra da utopia capitalista, na sua vontade de minimizar a influência do interesse comum e alargar cada vez mais o seu próprio campo de acção e negócio. Resulta também da própria acção dos homens políticos e tantas vezes, precisamente, de uma escandalosa falta de acção. O egoísmo individualista que tão desgraçadamente ilustra a nossa época é outro factor significativo. E por fim, o verdadeiro deserto de convivência e de solidão social criado pelo fenómeno televisivo, não favorece o interesse pela política, como aliás por praticamente nada mais. [...] O ataque cerrado e constante contra a política é aliás particularmente evidente na acção dos media. O jornalismo contemporâneo assumiu uma vocação de “killer” da política e dos políticos. Fazem-no por audiências e tiragens é certo, mas também na defesa dos interesses privados que objectivamente servem. [...] não devem restar dúvidas de que esta desvalorização do político, tem um fundo ideológico objectivo. [...] Na sociedade contemporânea, a defesa da política e da democracia são, em si mesmo, tarefas da esquerda”. **Cultura e Democracia**. Lisboa, Fevereiro de 2001. Disponível em <http://www.lxxl.pt/babel/biblioteca/ciclo.html>. Acesso em 23/10/2012. Também por isso, não falta quem defina a Democracia do tipo “liberal” como um engodo burocrático e anti-participativo, que impede a tomada de decisão pelo próprio povo, pois o princípio da cidadania na teoria política liberal abrange exclusivamente a cidadania civil e política perante a autoridade do Estado, e o seu exercício reside exclusivamente no voto. Qualquer outra forma de participação política seria excluída ou desencorajada. Para mais, ver: CHAUI, Marilena. **Cultura e Democracia: o discurso competente e outras falas**. 11ª ed. São Paulo: Cortez, 2006, p. 220.

dirigentes) e Hanna ARENDT (ao afirmar que a “crise da república” seria o sinal para a reconstrução democrática que não seja uma “farsa cruel”)²⁵⁴. O próprio FOUCAULT já anunciava o excesso de controle social produzido pelo poder disciplinar e pela normalização técnico-científica com que “*a modernidade domestica os corpos e regula as populações de modo a maximizar a sua utilidade social e a reduzir o seu potencial político*”²⁵⁵. Esta denúncia crítica à modernidade faz parte de uma reflexão teórica que vai desde a “*lei de ferro*” da racionalidade burocrática de Max WEBER até à “*sociedade administrada*” de ADORNO e à “*colonização do mundo da vida*” de HABERMAS²⁵⁶.

Diante desse contexto de crise surge a necessidade de se repensar a concepção de democracia liberal própria da modernidade, baseada na representatividade²⁵⁷, cuja proposta teria esvaziado o conceito de soberania popular na medida em que o processo democrático teria passado a ser um método político e institucional para tomada de decisões políticas através de mecanismos de representação incapazes de representar as diversidades e a multiplicidade de interesses (públicos e privados) no mundo globalizado. Não por outra razão, algumas das teorias contemporâneas da democracia mais influentes, a exemplo das obras de Boaventura de SOUSA SANTOS²⁵⁸, John RAWLS²⁵⁹ e Jürgen HABERMAS²⁶⁰, entre outras, adotam como pressuposto a alteração do critério de participação política, deixando ele de ser o simples ato de votar, para se tornar uma articulação entre *democracia representativa* e ***democracia participativa***, ou seja, projetam a transição de uma democracia política (meramente) para uma *democracia social*.

²⁵⁴ Cf. CHAUI, Marilena. **Cultura e Democracia: o discurso competente e outras falas**. 11ª ed. São Paulo: Cortez, 2006, p. 220.

²⁵⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes, 1977, p. 54.

²⁵⁶ Cf. SOUSA SANTOS, Boaventura. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1997, p. 235.

²⁵⁷ SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 45.

²⁵⁸ SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

²⁵⁹ RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. Revisão da Tradução: Álvaro de Vita. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000.

²⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, vol. II, 1997.

A teoria habermasiana teria sido a primeira²⁶¹ a abrir espaço para que o procedimentalismo passasse a ser pensado como prática societária e não como método de constituição de governos, com dois elementos básicos: (i) o papel de movimentos societários na institucionalização da diversidade cultural; e (ii) uma condição de publicidade (esfera pública) capaz de gerar uma gramática societária²⁶². A concepção de democracia desenvolvida por HABERMAS caracteriza-se por negar as concepções substantivas de razão e as formas homogeneizadoras de organização da sociedade, reconhecendo a pluralidade humana por meio de uma nova gramática social e cultural e pela procura de uma nova institucionalidade da democracia. Haveria, com isso, o reconhecimento de que a democracia é uma forma social e histórica e não determinada por leis naturais, significando rupturas constantes com as tradições, novas determinações, novas normas, novas leis.

No mesmo caminho, SOUSA SANTOS observa que, com a ampliação dos atores envolvidos na política, o argumento de que toda assembleia seria capaz de representar as tendências dominantes do eleitorado (até então presente nas ideias *modernas* de Stuart MILL, dentre muitos outros) perde credibilidade. A partir desse reconhecimento, acredita que as mais promissoras formas de democracia seriam aquelas que conseguissem a relativização da representatividade, articulando-a com a participação, sendo, portanto, a **democracia participativa** um dos grandes campos onde se estaria a reinventar a emancipação social no início do século XXI²⁶³. Tudo isto porque a vontade geral tem de ser constituída como **participação** efetiva dos cidadãos, de modo autônomo e solidário, o que resulta em um “*refluxo da atuação do Estado e uma volta ao enaltecimento do setor privado, ampliando seu*

²⁶¹ SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1997, p. 115.

²⁶² Id. Ibid., p. 281 e ss.

²⁶³ Celso CAMPILONGO identifica na obra de SOUSA SANTOS as premissas teóricas da democracia denominada *contra-hegemônica*, a saber: o “*esforço pela ‘democratização radical do direito e do Estado’; a ‘criação incessante da cidadania’, associada à ‘democracia sem fim’; e o ‘aclaramento’ da verdadeira dimensão do déficit de democracia nas sociedades capitalistas*”. CAMPILONGO, Celso. **Direito e democracia**, São Paulo, Max Limonad, 1997, p. 88. Por outro lado, a concepção hegemônica da democracia é caracterizada por Boaventura de SOUSA SANTOS como aquela que está centrada em três elementos principais: 1- identificação da democracia com regras do processo eleitoral (relação entre procedimento e forma), com a redução do procedimentalismo a um processo de eleição de elites; 2- indispensabilidade de uma forte burocracia; e 3- representatividade como única solução possível nas democracias de grande escala. Surge aí o problema da dificuldade de representação de identidades minoritárias específicas, que não têm a expressão adequada no parlamento e por isso têm grande dificuldade (ou mesmo impossibilidade) de ter seus direitos reconhecidos. SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 45.

campo, num movimento pendular, e a busca de um papel protagônico mais acentuado da sociedade na escolha de seu próprio destino”²⁶⁴.

O resultado direto desse movimento de democratização é a transição entre um modo de atuação unilateral do Estado, que prescinde da participação direta dos cidadãos – representado pela imperatividade –, para um modo mais democratizado e inclusivo, no qual a participação cidadã constitui não apenas uma formalidade legitimadora da ação estatal, mas antes uma condição para a identificação e concretização das próprias escolhas e decisões do agente estatal. O novo Direito baseado nas concepções contemporâneas de democracia participativa tem o seu próprio fundamento na consensualidade, que pressupõe o diálogo e a concertação como forma de desenvolvimento e prosperidade da vida social. Esta nova forma de enxergar o poder e o Direito traz como consequência uma transição de paradigmas na forma de agir da Administração Pública, que passa a pressupor a participação ativa do administrado na tomada de decisão administrativa. É disto que nos ocuparemos no tópico seguinte.

2.2. A emergência da consensualidade na atividade administrativa

Diante das anunciadas transformações, passam a ter lugar na visão atual do Direito Administrativo contemporâneo temas como a participação, a obtenção do consenso, o juízo de proporcionalidade como condição de validade, a utilidade do processo administrativo e a sua efetividade na consecução dos direitos fundamentais. O resultado desta perspectiva é o deslocamento do centro gravitacional da atividade administrativa do *ato* para o *processo administrativo*²⁶⁵, como meio de garantir a defesa dos cidadãos contra a atuação arbitrária da Administração, e também do *ato* para o *contrato*²⁶⁶, como mecanismo de aumento da legitimidade, eficiência e horizontalidade nas relações entre Estado e sociedade.

²⁶⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. **A participação popular e a consensualidade na Administração Pública**, Boletim de Direito Administrativo, Ed. NDJ, ano XVIII, n. 2, pp. 90-97.

²⁶⁵ MEDAUAR, Odete. **Administração Pública: do ato ao processo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coordenadores). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 412. Esta migração do ato para o processo vai colocar diante do aumento da importância dos mecanismos de formação do consenso, em vista do deslocamento da ideia de supremacia do interesse público para a ideia de ponderação ou arbitragem entre interesses públicos.

²⁶⁶ Destaca Pedro GONÇALVES que: “A crise do acto administrativo é, em termos formais, a expressão daquilo que se vem designando por ‘declínio da administração de autoridade’, apresentando-se, segundo alguns, como um reflexo da evolução do tradicional sistema de ‘administração de acto administrativo’ para um sistema de ‘administração por contrato’ ou, numa visão mais realista, para um sistema marcado pela ‘diversificação das

Como lembra Pedro GONÇALVES, ainda em 1975 BENVENUTTI já detectava a tendência de um “*diritto amministrativo paritario*”, que denota uma evolução para novos modelos de administração baseados no consenso e na contratualização nos campos de ação tradicionalmente autoritária e de decisão unilateral²⁶⁷. Também na Itália, ao analisar as transformações do Direito administrativo do século XIX ao século XXI, Sabino CASSESE²⁶⁸ aponta a substituição da supremacia e da unilateralidade, pelo consenso e a bilateralidade; bem como a adoção, pelo Direito administrativo, de formas tradicionalmente identificadas com o Direito privado. É também de CASSESE²⁶⁹ a afirmação de que é cada vez “*mais intensa*” a utilização de módulos convencionais pela Administração em sua atividade institucional, o que representaria uma de suas características salientes na época contemporânea.

Se o binômio tradicional Estado-cidadão é explicado pela contraposição entre Administração Pública, de um lado, e os sujeitos privados administrados (cidadãos), de outro, tal *bipolaridade*²⁷⁰, que expressava a dicotomia autoridade X liberdade na primeira metade do século XX, é hoje superada pela *multipolaridade* das relações entre o público e o privado, em que “*Estado e mercado, público e privado, considerados mundos separados e em oposição, apresentam-se como entidades interpenetrantes. (...) Os novos paradigmas do Estado põem em discussão todas as noções, os temas e os problemas clássicos do direito público, pela natureza dos poderes públicos e da sua ação legal-razional*”²⁷¹.

Para o novo paradigma, CASSESE atribui a denominação de Área Pública (“*L’Arena Pubblica*”), expressão adotada com um significado genérico pela ciência política aglosaxã, que significa o espaço no qual se desenvolve a atividade pública e a inter-relação Estado-sociedade

formas do agir administrativo”. GONÇALVES, Pedro. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 274.

²⁶⁷ GONÇALVES, Pedro. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 270-277.

²⁶⁸ CASSESE, Sabino. **Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX ao XXI secolo**. Rivista Trimestale di Diritto Pubblico, n. 1, p. 35., 2002. Texto traduzido publicado na Revista Interesse Público – IP, Fórum: Belo Horizonte, ano 6, n. 24, mar./abr. 2004.

²⁶⁹ CASSESE, Sabino. **Istituzioni di Diritto Amministrativo**. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2006, p. 336.

²⁷⁰ Para CASSESE: “*O paradigma bipolar, assim formatado historicamente, tem, pois, aplicação cotidiana na justiça administrativa, que assiste os privados recorrer aos juízes para defender-se nos confrontos das administrações públicas. Pela importância dada, no curso dos dois séculos de vida do Direito Administrativo, ao fenómeno jurisdicional, era natural que a oposição, que nisto se manifesta, entre Estado-aparelho e cidadão, viesse a assumir uma importância fundamental*”. CASSESE, Sabino. **L’Arena Pubblica: Nuovi paradigmi per lo Stato**. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico. n. 3, Milano: 2001, p. 602-650 – Tradução livre.

²⁷¹ CASSESE, Sabino. **L’Arena Pubblica: Nuovi paradigmi per lo Stato**. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico. n. 3, Milano: 2001, p. 649 – Tradução livre.

– à semelhança da expressão *esfera pública* na obra de HABERMAS –, para designar um único espaço em que não vigora mais a bipolaridade (público X privado; Estado X sociedade; autoridade X liberdade), mas sim a intercambialidade das regras, das relações e dos princípios entre os diferentes sujeitos que dela (Área Pública) fazem parte²⁷². Como bem sintetiza Floriano de Azevedo MARQUES NETO:

“[Na obra de CASSESE] o modelo bipolar cede lugar a um modelo multipolar, em que existirão pelo menos três partes na relação administrativa: dois ou mais interesses (públicos) conflitantes, titularizados por distintos privados, e a Administração, portadora de seus próprios interesses e com atribuição de mediar, compor ou arbitrar estes conflitos. E estas relações multipolares, diz CASSESE, não seriam exceção, mas regra. **Neste novo modelo, de superação da bipolaridade, assumem importância central os instrumentos regulatórios e são cada vez mais presentes ‘contratos complexos, onde em um só negócio formal se acumulam uma pluralidade de objetivos negociais provenientes de mais que duas partes contratantes’**”²⁷³.

É certo que esta mudança de perspectiva na relação entre Estado e sociedade não é explicada apenas sob o ponto de vista do Direito Administrativo. O fenômeno é muito mais amplo e tem origem no debate estabelecido ainda na segunda metade do século XX em torno das noções de *Estado em rede* e de *Governança Pública*, inaugurado com os estudos de Manuel CASTELLS²⁷⁴ sobre a *era da informação* (fins da década de 60 e início da década de 70). As expressões denotam a passagem de um modelo de organização do Estado e da sociedade marcado por estruturas hierarquizadas de poder para uma forma mais eficaz e legítima de atuação pública, fundamentada na “*qualidade da interação entre os distintos níveis de Governo e entre estes e as organizações empresariais e da sociedade civil*”²⁷⁵, que resultam em

²⁷² Id. Ibid, p. 607. Esta transformação da relação entre Estado e sociedade é bem retratada por CASSESE em outra obra, a propósito de análise das transformações assistidas na função de regulação estatal, cuja “trilateralidade” é facilmente evidenciada a partir da relação entre concessionários de serviços públicos, consumidores ou utentes, e autoridade(s) de regulação. Esta(s) última(s) pode(m), segundo o autor, agir como o juiz de um processo, porém as regras são menos ditadas pela autoridade e mais o resultado de uma construção conjunta entre as partes, decorrente de decisões muitas vezes interdependentes entre o público e o privado. Cf. CASSESE, Sabino. *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*. In: *Lo Spazio Giuridico Globale*. Roma: Laterza, 2006, p. 124-138.

²⁷³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A bipolaridade do Direito Administrativo e sua superação*. No prelo.

²⁷⁴ CASTELLS. Manuel. *Fim de milênio*, p. 412 apud OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *A Administração consensual como a nova face da Administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação*. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito Administrativo democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 214.

²⁷⁵ CATALÀ, Joan Prats i, apud OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Ibid., p. 215.

*“mudanças significativas na organização, na gestão e na atuação da Administração Pública”*²⁷⁶. Como se vê, não é preciso muito esforço para identificar a relação do tema da governança pública com os postulados da democracia participativa, mencionados acima.

Em estudo acerca do impacto da governança sobre o Direito, Jacques CHEVALLIER afirma que a governança constitui *“um excelente critério de análise da inflexão das formas tradicionais de exercício da autoridade”*²⁷⁷. Embora situada inicialmente à margem do Direito, o autor demonstra – seguindo a via aberta por Paul AMSELEK – que a governança cada vez mais se aproxima dele, passando a influir sobre as condições de utilização da técnica jurídica. Segundo o autor, *“no centro dos modos clássicos de ‘governo’, caracterizados pela assimetria, pela desigualdade, pela unilateralidade, a forma jurídica é necessariamente afetada pela promoção de um estilo novo de decisão e de ação, o qual repousa sobre a cooperação e a procura de adesão”*, distanciando-se, assim, da lógica que tradicionalmente governa o direito: a emissão de *“comandos obrigatórios provenientes de uma autoridade investida do poder de decisão e segundo as regras fixadas para sua elaboração”*.

A governança provém de uma abordagem pluralista e interativa da ação coletiva, e é nessa medida que a solução de problemas coletivos passa a não ser mais de responsabilidade exclusiva do Estado, reclamando a participação dos atores sociais. Se esta participação inicialmente é feita à margem dos procedimentos jurídicos, devido à existência de um Direito Administrativo fechado pelo traço da unilateralidade, e concebido como um direito de desigualdade e de privilégio – sendo, portanto, incompatível com o novo contexto de desenvolvimento da governança pública –, CHEVALLIER destaca que a governança é cada vez mais dependente do Direito, ou seja, é cada vez mais dependente de uma *“instância dotada de recursos necessários para iniciar o processo, selecionar os participantes, conduzir as negociações, fixar as bases de um acordo possível”*²⁷⁸, tudo isso garantindo a força obrigatória dos compromissos assumidos. Diante dessa necessidade, o autor afirma a ocorrência de um

²⁷⁶ Id. Ibid., p. 216.

²⁷⁷ CHEVALLIER, Jacques. **A governança e o direito**. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 129-146, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 17 set. 2013.

²⁷⁸ CHEVALLIER, Jacques. **A governança e o direito**. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 129-146, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 17 set. 2013.

processo de *juridicização* da governança, através de instrumentos como as consulta públicas, a procedimentalização e a contratualização da atividade administrativa.

Nos Estados Unidos, uma boa referência sobre o conteúdo da *Governança Pública* é a obra de Jody FREEMAN²⁷⁹, na qual o autor propõe uma concepção de governança como um conjunto de relações negociadas entre atores públicos e privados sobre a formulação, implementação e aplicação de políticas, de maneira a tornar possível a descentralização do processo de tomada de decisão administrativa. O autor convida à reflexão acerca da distinção público / privado e propõe uma nova concepção com base na teoria da escolha pública negociada entre esses atores públicos e privados, a partir de uma série de exemplos empíricos que demonstram os papéis desempenhados por atores privados em uma variedade de contextos administrativos. A obra de FREEMAN desafia, assim, a tradicional concepção que pretende afastar os privados da esfera administrativa e defende a capacidade dos atores privados de não apenas atuarem como legitimadores da ação estatal, mas também como reguladores da atividade administrativa em geral, capazes de produzir *accountability*²⁸⁰. Com isso, a partir da noção de governança pública, o autor propugna pela possibilidade de atores públicos e privados, juntos, produzirem responsividade através de uma combinação de mecanismos tradicionais e não tradicionais, por meio da negociação horizontal, em contraposição à tradicional abordagem formal e hierárquica que até hoje domina o Direito Administrativo.

Trata-se, em verdade, de uma proposta de ampliação da participação dos administrados no desenvolvimento das funções públicas até então monopolizadas pela estrutura burocrática do Estado, com uma nítida intenção de ruptura do tradicional antagonismo entre Poder Público e cidadão, presente nas relações administrativas marcadas, em geral, pela dicotomia autoridade X liberdade e pelas prerrogativas exorbitantes da Administração. Inauguram-se, desse modo, as correntes de pensamento conhecidas como Direito Reflexivo, *Soft Law* e Governança colaborativa²⁸¹ no Direito Administrativo norte-americano, que resultam em práticas mais horizontalizadas de ação administrativa (como o *reg-neg* ou

²⁷⁹ FREEMAN, Jody. **The Private Role in Public Governance in New York**. University Law Review. Vol. 75. 2000. Disponível em <http://www.heinonline.org>. Acesso em 20 de julho de 2013.

²⁸⁰ Em seu sentido amplo de “prestação de contas”.

²⁸¹ É o que o autor Orly LOBEL denomina de Renew Deal School (ver: **The Renew Deal: the fall of regulation and the raise of governance in contemporary legal thought in Minnesota Law Review**, n. 89. 2004-2005. Disponível em <http://www.heinonline.org>. Acesso em 20 de julho de 2013, p. 345.

regulação negociada). Vale ressaltar que toda esta proposta é acompanhada, no âmbito do debate em torno da governança pública, por algumas ideias-força, como a flexibilização do formalismo, a especialização do Direito Administrativo em subsistemas, o foco na realidade e no caso concreto e a maior preocupação com os efeitos reais gerados pela decisão administrativa²⁸².

É possível afirmar, portanto, que a concepção de *Governança Pública* dá a tônica da Administração-consensual como a nova face da Administração Pública contemporânea. A partir da ascensão desse fenômeno, nota-se uma profunda reconfiguração do modo de agir do Estado, com a emergência de uma nova forma de atuação da Administração em face dos administrados, baseada muito mais no diálogo, na negociação, no acordo, na coordenação, na descentralização, na cooperação e na colaboração. O novo modelo de governança delimita uma nova forma de agir da Administração, com a substituição do modo unilateral e imperativo por um modelo de atuação administrativa baseada no consenso e na flexibilidade, como maneira mais adequada para acomodar e capturar as especificidades de cada caso concreto²⁸³. Trata-se da Administração Consensual, que marca a evolução de um modelo centrado no ato administrativo (unilateralidade) para um modelo que passa a contemplar os acordos administrativos (bilateralidade).

A verdade é que, a partir do momento em que o cidadão passa a exigir a intervenção da Administração e que se amplia sobremaneira o número de tarefas que esta deve desempenhar na sociedade, o Direito Administrativo clássico torna-se inadequado e ineficaz, incapaz de concretizar os anseios sociais. Assim, premida pelo princípio da eficiência²⁸⁴, a Administração deixa de lado a atuação fundada na imperatividade para privilegiar o consenso do cidadão e da sociedade, o que enseja uma profunda ampliação dos processos da democracia representativa pela adoção de institutos e técnicas da democracia participativa, mediante a

²⁸² Cf. PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2010, p. 112.

²⁸³ Cf. Philip J. HARTER. **Negotiating Regulations: A cure for malaise**. In: Georgetown Law Journal. Vol. 71. 1982-1983. Disponível em <http://www.heinonline.org>. Acesso em 23 de agosto de 2013.

²⁸⁴ Segundo observa MOREIRA NETO: “Elevada a princípio constitucional, a eficiência hoje integra o quadro de deveres indeclináveis do administrador público, entendida como a melhor realização possível de gestão dos interesses públicos em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade e identificada com a realização otimizada das políticas públicas de derivação constitucional”. **Políticas Públicas e Parcerias: Juridicidade, Flexibilidade Negocial e Tipicidade na Administração Consensual**. BLC – Boletim de Licitações e Contratos, Ano XXI, nº 1 – Janeiro/2008, p. 37.

ponderação entre os vários interesses concorrentes na sociedade para a formação da vontade estatal. O processo de determinação do interesse público passa, com isso, a ser desenvolvido a partir de uma perspectiva consensual e dialógica, que contrasta com a dominante perspectiva imperativa, avessa à utilização de mecanismos comunicacionais internos e externos à organização administrativa. Isto porque o modo colaborativo do agir administrativo é indicado como método potencialmente capaz de oferecer uma alternativa eficaz para solver os defeitos da atuação administrativa típica.

Desse modo, a Administração deixa de ser intérprete autoritária do interesse público para figurar como mediadora dos interesses públicos, a partir de uma atuação marcada pela flexibilidade, negociação, ponderação entre interesses e pela maior motivação²⁸⁵, elementos que, combinados harmonicamente no exercício das funções estatais, “*dão a tônica pragmática e democrática do pós-modernismo*”²⁸⁶. Trata-se, na lição de Maria João ESTORNINHO, de um “*fenômeno de passagem da Administração autoritária (‘obligkeitlitchen’) à Administração soberana consensual (‘achlicht-hoheitlichen’)*”, que corresponde, em última instância, a “*uma forma de administração nova, negociada ou contratual, em que o acordo vem substituir os tradicionais actos unilaterais da autoridade*”²⁸⁷.

“...a principal tarefa da Administração mediadora passa a ser a de compor conflitos envolvendo interesses estatais e interesses privados, definitivamente incluindo os cidadãos no processo de determinação e densificação do interesse público, o qual deixa de ser visto como um monopólio estatal, com participação exclusiva de autoridades, órgãos e entidades públicos. Eis os aspectos em que reside a relevância do consensualismo na Administração

²⁸⁵ A importância que a motivação assume na atualidade é enfatizada por Jacqueline MORAND-DEVILLER: “O cidadão não suporta mais a condição de objeto e reivindica a de sujeito por inteiro. As reformas estão compelidas a reforçar o direito à transparência; a reforçar o direito às explicações por parte da Administração (motivação dos atos); a reforçar a consensualidade, isto é, a promover um debate entre a administração e os cidadãos livres para expor os seus pontos de vista e a participação na decisão que progride lentamente. (...) Outros exemplos podem ser apontados, tais como a atenuação da autoexecutoriedade; a redução do número de atos administrativos que escapam ao controle jurisdicional (atos de governo, medidas internas, circulares)...”. MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Poder Público, serviço público: crise e conciliação**. RDE: Revista de Direito do Estado, Ano 1, nº 4:387-401, out/dez 2006.

²⁸⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 571-592.

²⁸⁷ A autora lembra GIANNINI para ressaltar o fato de que: “*instrumentos fundados sobre o consenso são preferíveis a instrumentos fundados sobre a autoridade e afirma mesmo que nesta administração por acordo estará o administrador do futuro*”. ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado – Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública**. Coleção Teses. Coimbra: Editora Almedina, 1999, p. 44.

Pública, inserido em um contexto de Estado em rede e de Governança Pública, manifestado em fenômenos como a concertação administrativa e a contratualização administrativa, e exercido por meio de instrumentos como os acordos administrativos, a conciliação e a transação administrativas²⁸⁸.

A partir daí, há basicamente duas formas de compreender e procurar delimitar o conceito (naturalmente amplo) de consensualidade administrativa. Em termos mais gerais, pode-se referir à atuação administrativa consensual para expressar a maior participação cidadão no processo de decisão administrativa e de motivação dos atos administrativos, quando estão em pauta mecanismos de participação popular direta na Administração Pública, como as audiências e consultas públicas, o orçamento participativo, o plebiscito, o referendo, etc. O tema é tratado à exaustão nas obras de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO²⁸⁹ e Marcos Augusto PEREZ²⁹⁰, e geralmente está associado à expressão *concertação administrativa*.

Outra acepção de consensualidade – mais restrita – pode ser identificada na ampliação dos contratos, ou melhor, na chamada *contratualização* do exercício da atividade administrativa, tema sobre o qual discorreremos com maior detalhamento no tópico seguinte. Por ora, cumpre fazer nota de que a contratualização determina o viés de consensualidade adotado na presente Dissertação, na medida em que é percebida no aumento do uso de instrumentos contratuais pela Administração, com o privilégio do contrato em detrimento do ato administrativo unilateral. A decisão tradicionalmente dotada de unilateralidade e autoridade através do ato passa progressivamente a ser substituída pelo acordo, pelo consenso, enfim, pelo contrato em sua acepção mais ampla. Daí fazer sentido se falar em contratualização do agir administrativo como forma de manifestação da consensualidade. Em suma, a *concertação administrativa* e a *contratualização* do agir administrativo podem ser consideradas as duas principais formas de expressão da Administração-consensual²⁹¹.

²⁸⁸ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **A Administração consensual como a nova face da Administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação**. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito Administrativo democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 211-231.

²⁸⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Participação popular na Administração Pública**. In: Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, nº 1, 1993.

²⁹⁰ PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública democrática: institutos de participação popular na administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

²⁹¹ Na feliz conclusão de Gustavo Justino de OLIVEIRA: “...*entende-se como formas de expressão da Administração consensual o modo de atuação dos órgãos e entidades administrativas a partir de bases e de procedimentos que privilegiam o emprego de técnicas, métodos e instrumentos negociais, visando atingir resultados que normalmente poderiam ser alcançados por meio da ação impositiva e unilateral da Administração*”.

Independentemente do significado que se adote, o mais relevante a ser ressaltado é o progressivo abandono do emprego de técnicas autoritárias pelo Estado e a sua recorrente substituição por mecanismos negociais no formato público-privado, capazes de colocar a Administração e o administrado num plano mais horizontalizado se comparado à atuação administrativa típica. Segundo OLIVEIRA, esta é a origem da expressão “*Administração Pública paritária*”, que encerra a caracterização de uma “*forma de administrar fundada no consenso, em módulos negociais, originando relações jurídicas que tendem a considerar Administração e particulares em uma situação mais próxima à horizontalidade, em que o ordenamento confere a ambos um tratamento mais isonômico*”²⁹².

A obtenção do consenso é vista, assim, como forma mais eficiente e mais democrática de alcance dos objetivos públicos, seja pelo aumento da complexidade do mundo atual, que pressupõe a impossibilidade de identificação “ex ante” do interesse público a ser privilegiado em dada situação, seja pela maior aceitabilidade da decisão administrativa pelos administrados e pelos cidadãos em geral, caso ela seja obtida através da participação e do consenso dos direta ou indiretamente interessados. Este último aspecto da atividade consensual, aliás, é constantemente associado à maior eficiência administrativa, considerada uma das principais razões para a conveniência da atuação consensual da Administração Pública²⁹³, já que a adoção de uma medida por consenso, ao contrário de uma decisão unilateral e coercitivamente imposta aos destinatários, tem maiores chances de ser cumprida na prática. É nesse sentido que Alexandre Santos de ARAGÃO salienta a superação da clássica imagem de uma Administração que opera por formas unilaterais e autoritárias, pois “*a busca do consenso dos cidadãos*” passa a ser “*um critério de legitimidade substancial, de justificação e guia das decisões administrativas*”²⁹⁴.

Pública. A concertação administrativa e a contratualização administrativa podem ser arroladas como formas de expressão da Administração consensual”. **A Administração consensual como a nova face da Administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação**. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito Administrativo democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 222.

²⁹² OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **A arbitragem e as Parcerias Público-Privadas**. Revista Trimestral de Direito Público nº 48/2004, São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 230-231.

²⁹³ LORA, Alejandro Huergo. **Los Contratos sobre los Actos y las Potestades Administrativas**. Madri: Civitas, 1998, pp. 94-98.

²⁹⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A Consensualidade no Direito Administrativo: Acordos Regulatórios e Contratos Administrativos**. Boletim de Licitações e Contratos (BLC), pp. 827-840, set. 2006, a. XIX, n. 9, p. 829.

O novo modelo de Estado baseado na ideia de *cooperação*, de *colaboração*, de *consenso* – ao invés do antigo antagonismo entre esfera pública e esfera privada²⁹⁵ -, apresenta assim potenciais vantagens para a política e para o Direito, na medida em que garante atenção a todos os legítimos interesses coexistentes no meio social e torna os atos praticados pela Administração mais aceitáveis pelos destinatários²⁹⁶. É com esta opinião que o autor português Paulo OTERO destaca a relevância da consensualidade na atividade administrativa, principalmente por ela constituir um aprofundamento da democracia participativa, bem como por elevar o particular de objeto da ação unilateral para parceiro da atividade administrativa, de maneira que a opção pelo consenso em substituição ao ato unilateral corresponde a uma flexibilização da legalidade das formas de exercício da atividade administrativa²⁹⁷.

A disseminação desse modelo de Estado-consensual é capaz de nortear a transição de um modelo de gestão pública fechado e autoritário para um modelo aberto e democrático, habilitando o Estado contemporâneo a bem desempenhar suas tarefas e atingir os seus objetivos, preferencialmente, de modo compartilhado com os cidadãos. Com base nesse movimento de transição, Odete MEDAUAR observa que:

“o clima de aproximação entre Estado e sociedade foi se acentuando no curso das últimas décadas, a ponto de surgir a denominação Estado reflexivo; transpondo para a Administração Pública, se pode mencionar Administração reflexiva. Da ouvida dos indivíduos, isolados ou em grupo, emergiram as práticas de negociação, acordo, busca de consenso, mediação de conflitos, ponderação de vários interesses existentes numa situação. Alguns nomes dados ao Estado expressam tais práticas: *Estado negociador*, *Estado incentivador*, *Estado cooperativo*; aplicados à Administração Pública resulta: *Administração negociadora*, *Administração incentivadora*, *Administração cooperativa*”²⁹⁸.

A partir destas reflexões, é possível extrair-se o sentido mais puro de consensualidade administrativa, revelado na ampliação da negociação entre Poder Público e os particulares, que

²⁹⁵ CHEVALLIER, Jacques. **A governança e o direito**. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 129-146, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 17 set. 2013, p. 134.

²⁹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 35-53, out./dez. 2003, p. 35.

²⁹⁷ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública – o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 836-837.

²⁹⁸ MEDAUAR, Odete. **Nota sobre a contratualização na atividade administrativa**. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 241-249, mar./ago. 2012.

ganha importância no processo de identificação do interesse público a ser tutelado pela Administração, cuja atividade deixa de ser monopólio do Estado para inserir-se na esfera pública (não-estatal). O resultado é o progressivo afastamento da imperatividade e da imposição unilateral e autoritária da vontade administrativa, por uma valorização da participação dos administrados na formação da conduta administrativa, através do consenso. A Administração, com isso, transforma-se em mediadora dos múltiplos interesses públicos coexistentes na vida social, do que decorre uma *“nova maneira de agir focada sobre o ato como atividade aberta à colaboração dos indivíduos”*²⁹⁹. Afinal, como destaca Floriano de Azevedo MARQUES NETO:

“inexiste função estatal que não envolva em alguma medida o concurso necessário dos particulares para ser efetivada. (...) a atividade administrativa não pode ser desempenhada indiferentemente aos direitos subjetivos, muito menos sem o concurso dos particulares e sem tomar em conta seus interesses. Embora construído sobre a bipolaridade, desde sempre, e cada vez mais, o direito administrativo depende de mecanismos de interação de interesses. Afinal a atuação concreta da Administração se traduz (i) na conferência de direitos que afetam desigualmente os indivíduos; (ii) na necessidade de arbitrar, compor e mediar diferentes interesses e direitos de particulares afetados, direta ou indiretamente, pelo exercício da função pública; e (iii) no envolvimento dos particulares, como delegatários ou colaboradores do Poder Público, na oferta de utilidades públicas e na efetivação de direitos dos cidadãos. **Mais do que considerar a dimensão dos particulares (como confins de delimitação da ação administrativa e como parte desta ação), é fundamental considerar que eles travam com o Estado-Administração não apenas relações de subordinação e acatamento (eixo vertical da autoridade), mas também inúmeras relações de cooperação e composição (eixo horizontal), marcadas estas pelo traço da consensualidade e do vínculo obrigacional**”³⁰⁰.

O ponto de destaque, portanto, consiste justamente na extensão e na intensidade com que *“as técnicas consensuais vêm sendo empregadas, como soluções preferenciais – e não unicamente alternativas – à utilização de métodos estatais que veiculem unilateral e impositivamente comandos para os cidadãos”*³⁰¹. O fato é que a Administração não consegue

²⁹⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A participação popular e a consensualidade na Administração Pública**. Boletim de Direito Administrativo, Ed. NDJ, ano XVIII, n. 2, p. 90-97.

³⁰⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A bipolaridade do Direito Administrativo e sua superação**. No prelo.

³⁰¹ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **A Administração consensual como a nova face da Administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação**. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito Administrativo democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 218.

mais ser tutora do interesse público, e não consegue mais manejar aquela lógica autoritária, segundo a qual a decisão da Administração é sempre prevalente diante do interesse dos particulares. Não é mais possível que a administração se coloque na posição de tutora do bem comum. Rompe-se, dessa forma, a barreira entre o Estado e a sociedade, e os conflitos devem ser solucionados agora à luz da Constituição, a partir de uma Administração que deve regular conflitos de interesses contrapostos, mas todos legítimos perante o Direito.

Esta solução depende de uma adequada intercomunicação com esses atores, para bem exercer a atividade administrativa, reconfigurando o exercício da autoridade estatal num ambiente novo, no qual os vários pontos de vista, argumentos e interpretações são levados em conta e são, efetivamente, capazes de expressar a realidade do pluralismo característico da democracia³⁰². É com este sentido que a doutrina do Direito Administrativo, especialmente na Europa, introduz no cenário mundial o tema da consensualidade administrativa. No Brasil, o tema da *consensualidade* é introduzido no Direito Administrativo pelo trabalho da doutrina justamente após o contato com a farta produção acadêmica no Direito Administrativo italiano e, em menor medida, espanhol³⁰³. A partir da segunda metade da década de 90 do século passado, o tema da consensualidade passa a ser discutido de forma técnica e sistematizada entre nós (apesar de nosso sistema administrativo contemplar instrumentos consensuais anteriores a esta data³⁰⁴).

Especialmente após a Reforma do Estado, o tema da consensualidade passou a ser debatido na teoria do Direito Administrativo brasileiro, havendo um crescimento exponencial do número de textos acadêmicos voltados ao estudo da consensualidade e a proliferação de normas (principalmente normas regulatórias setoriais) que passaram a prever instrumentos consensuais. Para Almiro COUTO E SILVA, por exemplo: “*Fenômeno relativamente recente nas relações entre o Estado e os indivíduos na realização de fins de interesse público tem sido*

³⁰² É nesse sentido a lição de Vasco Pereira DA SILVA: “*Independentemente de quaisquer considerações políticas de caráter global, indiscutível é, no entanto, que a participação dos privados no procedimento constitui uma forma de democratização da Administração Pública. A generalização do procedimento administrativo e a conseqüente abertura a uma maior colaboração e participação dos privados significam uma importante transformação de fundo, que é a passagem de uma Administração autoritária a uma Administração de serviço*”. **Em busca do ato administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 401.

³⁰³ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2010, p. 82.

³⁰⁴ Como é o caso da desapropriação amigável, por exemplo, previsto no art. 22 do Decreto-Lei nº 3.365/41.

*a busca de decisões administrativas por meios consensuais. Administração concertada, administração consensual, soft administration são expressões que refletem formas de democracia participativa, em que o Poder Público, ao invés de decidir unilateralmente, utilizando-se desde logo do ato administrativo, procura ou atrai os indivíduos para o debate de questões de interesse comum, as quais deverão ser solvidas mediante acordo”*³⁰⁵.

No mesmo sentido, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO destaca que: “*pela consensualidade, o Poder Público vai além de estimular a prática de condutas privadas de interesse público, passando a estimular a criação de soluções privadas de interesse público, concorrendo para enriquecer seus modos e formas de atendimento*”. Para em seguida concluir: “*um Estado de juridicidade plena – de legalidade, de legitimidade e de licitude –, um Estado de Justiça, não pode prescindir dessa interação horizontal e sadia com a sociedade (...): a face imperativa do Poder só deve aparecer quando absolutamente necessário e no que for absolutamente indispensável*”³⁰⁶.

Apresentando uma síntese dos fatores que levaram à abertura da Administração Pública brasileira ao fenômeno da consensualidade, Odete MEDAUAR cita, dentre eles: “*a afirmação pluralista, a heterogeneidade de interesses detectados numa sociedade complexa; a maior proximidade entre Estado e sociedade, portanto, entre Administração e sociedade*”. Nesse contexto, a autora salienta o desenvolvimento de “*formas mais autênticas de direção jurídica autônoma das condutas*”, que abrangem:

“*de um lado, a conduta do Poder Público no sentido de debater e negociar periodicamente com interessados as medidas ou reformas que pretende adotar, e de outro, o interesse dos indivíduos, isolados ou em grupos, na tomada de decisões da autoridade administrativa, seja sob a forma de atuação em conselhos, comissões, grupos de trabalho no interior dos órgãos públicos, seja sob a forma de múltiplos acordos celebrados*”³⁰⁷.

A partir do conjunto dessas ideias, pode-se identificar no Brasil as duas principais formas de compreensão da consensualidade a que outrora nos referíamos: (i) uma mais

³⁰⁵ COUTO E SILVA, Almiro do. **Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas**, Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Aegre, v. 27, nº 57 (supl.), 2004, p. 181-208.

³⁰⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novos institutos consensuais da ação administrativa**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 231, p. 129-156, jan-mar 2003.

³⁰⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo em evolução**. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 210.

genérica, que considera a consensualidade como qualquer forma de participação dos particulares na Administração Pública³⁰⁸; (ii) outra mais restrita, que compreende a consensualidade como a expressão dos acordos de vontades envolvendo a Administração Pública, encerrando a noção de *contratualidade*³⁰⁹. Na verdade, a *contratualidade* é em geral entendida como parte do fenômeno da *consensualidade administrativa*, como elemento característico do processo de renovação do Direito administrativo que se opera desde a Constituição de 1988 e do Plano Diretor de Reforma do Estado, como bem destacou Thiago MARRARA:

“É nesse contexto que despontam dois movimentos relevantes: a consensualização e a contratualização da gestão pública. É preciso diferenciar os fenômenos! A consensualização designa o emprego crescente de formas de busca de consenso nos processos decisórios estatais. Trata-se de um processo de transformação da gestão pública em favor de um resultado claro: o incremento da consensualidade, ou seja, de decisões, unilaterais ou não, assentadas em consensos obtidos por mecanismos de diálogo e percepção dos interesses dos indivíduos e das entidades por elas afetados. A consensualização se vale, pois, de instrumentos processuais (como audiências e consultas públicas), instrumentos orgânicos (como conselhos compostos por representantes do Estado e da sociedade), bem como instrumentos contratuais (incluindo desde as espécies clássicas de contratos administrativos até os novos acordos no exercício do poder de polícia). É a partir desse panorama básico acerca dos mecanismos pró-consensuais que se compreende a relação entre consensualização e contratualização. **Este último fenômeno é naturalmente parte do primeiro, mas não o esgota.** A gestão consensual é mais ampla que a gestão contratual. Sem embargo, o destaque ao fenômeno da contratualização se justifica na atual fase de transformação do direito administrativo pelo fato de que, desde meados da década de 1990, assiste-se a uma multiplicação de módulos convencionais no exercício das atividades administrativas. O movimento atinge não apenas a gestão de serviços públicos e atividades econômicas, mas, principalmente, a de serviços administrativos (acordos entre entidades públicas) e o exercício da atividade de polícia e de

³⁰⁸ Numa visão mais ampla do fenômeno, a doutrina nacional costuma identificar como manifestação da Administração-consensual as inúmeras formas de participação popular na Administração Pública, sendo exemplos mais expressivos os seguintes dispositivos legais: Art. 37, §3º, da Constituição Federal, com redação dada pela EC nº 19/98; os arts. 3º, 7º, II, IV e V, 30 e 33 da Lei nº 8.987/95; o art. 42 da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações); o art. 4º, §3º da Lei nº 9.472/96 (ANEEL); art. 31, IV da Lei nº 8.630/93 (setor portuário); art. 68 da Lei nº 10.233/01; art. 31 e 32 da Lei nº 9.784/99 (lei do processo administrativo federal); Capítulo IV da Lei 10.257/01 (Estatuto da cidade). Cf. BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 271; DALLARI, Adilson Abreu. **Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública**, In: Revista de Direito Público da Economia, vol. 9. Belo Horizonte: Fórum, jan/mar 2005, p. 23 e ss.; e GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. **A participação popular e a consensualidade na Administração Pública**. Boletim de Direito Administrativo, Ed. NDJ, ano XVIII, n. 2, p. 90-97.

³⁰⁹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **A Administração consensual como a nova face da Administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação**. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito Administrativo democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 211-231.

regulação (*e.g.*, por acordos entre entes reguladores e regulados). Isso significa que a teoria contratual se tornou mais complexa”³¹⁰.

Para os fins da presente Dissertação, a consensualidade será compreendida e analisada, estritamente, sob o espectro da *contratualidade* administrativa, com foco nos efeitos que ela produz no regime jurídico dos contratos administrativos no Direito brasileiro. O conceito de consensualidade aqui adotado reveste-se, portanto, de um aspecto mais restrito, enquanto modo de substituição da atuação autoritária e unilateral pelo modo consensual, bilateral e, portanto, participativo de ação administrativa, capaz de ampliar a utilização da técnica do **acordo de vontades** envolvendo a Administração. Por isso é que, nada obstante a amplitude do conceito de consensualidade administrativa acima destacado, interessa conhecer com maior detalhe a noção restrita de consensualidade ligada à ideia de *contratualização*³¹¹.

2.3. A contratualização da ação administrativa e o sentido de “contratualidade”

De fato, uma das formas de manifestação da consensualidade na atividade administrativa mais relevantes corresponde à *contratualização*, fenômeno manifestado por meio do crescente recurso a módulos contratuais pela Administração Pública para satisfazer suas competências, que privilegia o emprego de técnicas negociais em detrimento da intervenção direta estatal ou, ainda, das manifestações de autoridade do Poder Público, e que implica em relações jurídicas fundadas no *acordo de vontades*, e não mais no unilateralismo e na coerção. A este respeito, Jacqueline MORAND-DEVILLER tece interessante observação:

“Em nossos dias, o uso da fórmula contratual está ‘na moda’. O ‘tudo contrato’ é visto como forma consensual e parceira de administrar e de melhorar as relações com os cidadãos e entre as pessoas públicas. As relações são consentidas mais que prescritas. Elas se tecem em rede mais do que de

³¹⁰ MARRARA, Thiago. **As cláusulas exorbitantes diante da contratualização administrativa**. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, mar./ago. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 26 set. 2013.

³¹¹ Um comentário adicional se faz relevante a respeito da consensualidade: É que, segundo entendemos, a consensualidade pode ser analisada à luz dos efeitos que produz para cada instituto de Direito Administrativo individualmente considerado. Este é, a nosso ver, o aspecto fundamental do estudo da consensualidade, na medida em que possibilita o estudo dos efeitos do modo de atuação consensual no âmbito de qualquer instituto de Direito Administrativo que potencialmente sofra a influência da maior abertura e participação dos interessados no processo de formação da vontade estatal, a exemplo do ato administrativo, do controle da Administração, da regulação dos serviços públicos e – especificamente para os fins aqui buscados – do contrato administrativo, cujo regime jurídico passa a ser transformado a partir da sua maior permeabilidade ao *consenso*.

modo piramidal. É um enfoque pluralista e consensual da ação pública que se manifesta pela externalização, regulação e negociação”³¹².

Ainda no final do século XX, ao trabalhar com o conceito de governança e com a análise de políticas públicas, Jean-Pierre GAUDIN³¹³ centrara a sua investigação numa abordagem nova da ação pública sociológica, a partir da qual identifica uma nova forma de atuação do Estado nas últimas décadas, que pressupõe a negociação explícita no âmbito de uma “*cultura da mediação*”, expressa na realização de consultas e no convite aos parceiros sociais e económicos para a negociação num contexto de mobilização coletiva e recuperação do individualismo. Aplicada ao campo de atuação da Administração Pública, essa orientação gerou a expressão “governar por contrato”, que evoca a necessidade do Estado continuamente estabelecer vínculos com a sociedade, como meio para a melhor consecução de suas ações.

A reflexão de GAUDIN está inserida no contexto de expansão da política de *consensualização* que se operou na França sob um duplo enfoque: (i) aumento das formas de participação e consulta pública e (ii) aumento formas de coordenação entre instituições e atores sociais que participam da ação pública³¹⁴. Como resultado direto das práticas consensualizadas, dos vínculos mais estreitos entre público e privado, e da atuação menos imperial da Administração, as práticas de negociação e a busca de consenso propiciaram intenso uso de técnicas contratuais na ação administrativa, levando o autor a observar a presença de “*uma nova ação pública, debatida e negociada, menos longe dos cidadãos. Negociação, parceria e mediação são, assim, palavras estreitamente associadas pelos atores de um número crescente de políticas públicas*”³¹⁵.

A expansão das novas figuras contratuais foi de tal monta a partir de 1990 que, além da expressão *governar por contrato*, surgiram outras com significado semelhante, como: *Estado contratante* ou *Administração contratante*, *Administração paritária*, *Administração pactualista*, *Administração dialógica*, e mais recentemente, *Administração*

³¹² MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif**. 11^a éd. Paris: Montchrestien, 2009, p. 384.

³¹³ GAUDIN, Jean-Pierre. **Gouverner par contrat: l’action publique en question**. Paris: Presses de Sciences Politiques, 1999, p. 9.

³¹⁴ GAUDIN, Jean-Pierre. **Gouverner par contrat: l’action publique en question**. Paris: Presses de Sciences Politiques, 1999. p. 28-29.

³¹⁵ MEDAUAR, Odete. **Nota sobre a contratualização na atividade administrativa**. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 241-249, mar./ago. 2012, p. 10.

consensual, ou ainda *Direito Administrativo cooperativo* ou *Contratualização das Políticas Públicas*³¹⁶, todas expressões utilizadas para denotar uma forma de administrar por meio de métodos ou instrumentos contratuais. Aplicado ao campo da política, trata-se de um novo modo de agir descrito por FREEMAN³¹⁷ como um sistema de “*contractual governance*” ou de “*government by contract*”, baseado na “metáfora do contrato” e na *reg-neg* (regulação negociada) em que supostamente está generalizado o imperativo do “*negociate, don’t dictate*”. A partir desse ideal, é imposta a busca da participação por meio da prática do consensualismo e da negociação, como método de tornar eficiente o atendimento do interesse público.

O significado de “administrar por contrato” revela, portanto, a importância que a *contratualidade* assume no Direito Administrativo contemporâneo, enquanto manifestação mais evidente e concreta da *consensualidade*. Tal noção de contrato está baseada na ideia ampla de acordo, pacto, ajuste, capaz de vincular as partes – das quais uma é a Administração Pública –, que tem por objeto um escopo que corresponda direta ou indiretamente ao atendimento de uma função administrativa, e que se perfaz com uma necessária convergência de vontades e não por uma adesão compulsória e impositiva, mas sim voluntária e consensual. A contratualização representa, assim, um processo contínuo de negociação visando a definir os contornos de uma ação comum e aparece como um meio de associar os diversos parceiros envolvidos com a elaboração e a realização de políticas públicas. Ela [a contratualidade] permite que ocorra uma substituição das “*técnicas regulamentadoras*” pelos “*instrumentos contratuais*”, como bem define Jacques CHEVALLIER:

“A contratualização implica relações jurídicas fundadas não mais sobre o unilateralismo e a coerção, mas sobre o acordo de vontades. Se, de um lado, ela pressupõe que seja levada em consideração a existência de atores autônomos (dos quais se deve obter a cooperação), de outro, ela passa por um processo de negociação visando a definir os contornos de uma ação comum. Encontra-se aqui, portanto, a lógica que caracteriza a governança. É verdade que a contratualização é acompanhada de uma inflexão da concepção tradicional do contrato (compreendido como um ato sinalagmático, repousando sobre a livre troca de consentimentos e sobre a igualdade das partes): as fronteiras entre contrato e ato unilateral de um lado, contrato e

³¹⁶ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro**. São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 335.

³¹⁷ FREEMAN, Jody. **The Private Role in Public Governance in New York**. University Law Review. Vol. 75. 2000. Disponível em <http://www.heinonline.org>. Acesso em 20 de julho de 2013.

convenções mais maleáveis de "parceria" de outro lado, mostram-se imprecisas na maioria dos casos. Porém, através do desenvolvimento dessas "regras públicas negociadas", é na verdade o movimento de juridicização da governança que se verifica. A existência de uma moldura contratual tem como efeito assegurar a estabilidade e a perenização do sistema de relações criado entre os diferentes atores envolvidos"³¹⁸.

Nesse contexto, o ponto de destaque da expressão “administrar por Contratos” diz respeito à maior intensidade com que técnicas contratuais vêm sendo empregadas no domínio da Administração Pública, como soluções preferenciais - e não unicamente alternativas - à utilização de métodos estatais que veiculem unilateral e impositivamente comandos para os cidadãos, empresas e organizações da sociedade civil. Isto porque este novo modo de administrar pressupõe a criação de vínculos a partir de um prévio processo de negociação, em que são discutidas as bases sobre as quais eventualmente serão firmados acordos e contratos³¹⁹. O conteúdo desses ajustes será objeto do consenso entre as partes, no transcurso do processo de negociação, havendo com isso uma significativa transformação da condição assumida pelo Estado, que se vê agora – ao menos em princípio – incapaz de impor unilateralmente obrigações à outra parte por meio do exercício da autoridade.

Esta nova conjuntura levou autores como Sabino CASSESE a defender novos paradigmas do Estado, que “*colocam em discussão todas as noções, temas e problemas clássicos do direito público, da natureza do Poder Público e de sua atuação legal-racional orientada pela superioridade da lei, do lugar reservado à lei e de suas implicações (legalidade e tipicidade) para as relações público-privadas*”³²⁰. Como salienta OLIVEIRA, um desses novos paradigmas identificados na obra de CASSESE corresponderia justamente ao fortalecimento da negociação na esfera da Administração Pública, expressada por via de acordos, em que “*passam ao primeiro plano a negociação em lugar do procedimento, a liberdade das formas em lugar da tipicidade, a permuta em lugar da ponderação*”³²¹.

³¹⁸ CHEVALLIER, Jacques. **A governança e o direito**. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 129-146, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 17 set. 2013, p. 139.

³¹⁹ Vale ressaltar que, nesta acepção, o contrato tem um significado mais amplo do que a noção clássica de contrato administrativo, ligando-se mais à ideia geral de pacto, como instrumento de conciliação de vontades opostas ou convergentes.

³²⁰ CASSESE, Sabino. **L’Arena Pubblica: Nuovi paradigmi per lo Stato**. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico. n. 3, Milano: 2001, p. 602-650.

³²¹ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **A arbitragem e as Parcerias Público-Privadas**. Revista Trimestral de Direito Público nº 48/2004, São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 214.

A mesma conclusão acerca das transformações do Estado é identificada na obra de Gaspar Ariño ORTIZ, para quem a crescente utilização de instrumentos negociais firmados entre o Estado e as organizações privadas consiste no modo prevalecente de atingir os fins públicos no âmbito do chamado Estado contratual, em detrimento das antigas práticas que privilegiavam a noção de autoridade e a imposição unilateral das decisões pelo Estado³²². O sentido da expressão sinaliza, portanto, um novo caminho, no qual a Administração pública passa a não apenas utilizar, mas antes a privilegiar a forma de gestão que utiliza o acordo, a negociação, a colaboração, a conciliação, ao invés do tradicional uso da prerrogativa de decidir unilateralmente. Quer-se destacar, com isso, o principal traço característico da Administração-consensual: a importância assumida pela *contratualização* no âmbito da atividade Administrativa, capaz de transformar o contrato – em sentido amplo – no *modus agendi* do Estado social.

Como consequência, além da introdução de técnicas contratuais em áreas tradicionalmente dominadas pela autoridade (no campo da decisão política, por exemplo), nota-se um acentuado aumento da contratualização também nas formas contratuais mais clássicas, ou seja, há uma proliferação de contratos que tem por objetivo a colaboração dos particulares com a Administração, ou ainda entre entidades da própria Administração, com maior peso atribuído ao consenso e à negociação. Não sem razão, diante das primeiras manifestações da Administração-consensual, LAUBARDÈRE já asseverava que a Administração por via contratual seria preferida ao método de atuação unilateral, e indagava se não nos encontrávamos já perante uma orientação nova na própria maneira de administrar³²³. Referindo-se ao autor francês, Enzo ROPPO destaca:

“A variedade e a riqueza das instituições a que hoje se atribui o epíteto de ‘contratual’ ou ‘convencional’ não pode ‘deixar de causar impressão’ (LAUBARDÈRE). Civilistas há que começam mesmo a celebrar a ‘vitória’ do contrato sobre a actividade da Administração Pública. (...) **verifica-se um processo pelo qual o contrato passa a ser um instrumento da própria**

³²² ORTIZ, Gaspar Ariño. **El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica**. Tiempo. In: ORTIZ, Gaspar Ariño (Org.) *Privatización y Liberalización de Servicios*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1999, pp. 19-35, p. 26.

³²³ LAUBARDÈRE, André de; MODERNE, Frank e DEVOLVÈ Pierre. **Traité des Contrats Administratifs**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983, p. 20.

acção administrativa. De mero ‘objecto da intervenção pública’, o contrato transforma-se num seu ‘meio insubstituível’³²⁴.

Ao contrário dos modelos contratuais tradicionais da Administração, a nova *contratualização* desenvolve-se a partir de bases negociais mais amplas, e é marcada pela maior paridade entre Administração e particular e por um maior equilíbrio entre as obrigações assumidas pelas partes contratantes. Sem ficar reduzida à simples proliferação de contratos, ela é capaz de subverter a própria forma unilateral de atuação da Administração, transformando-a a partir de um melhor equilíbrio entre a Lei e o Contrato. Trata-se, na verdade, da atribuição de um peso maior às normas convencionais, enquanto fruto das negociações empreendidas entre os “*parceiros sociais*”³²⁵, do que às normas cogentes expedidas pelos entes estatais no exercício de suas respectivas funções (leis, regulamentos, prerrogativas etc).

O fato é que a busca do consenso no exercício da função administrativa estimula o uso de formas contratuais, negociadas, na criação do direito aplicável às concretas relações jurídicas administrativas, havendo uma proliferação de toda espécie de pactos, convenções, ajustes, acordos que, no seu conjunto, “*evidenciam o surgimento de um novo bloco de atividade administrativa que foge aos cânones tradicionais de exercício do poder administrativo*”³²⁶. Uma decisão consensual pressupõe o processo dinâmico, bilateral e iterativo da negociação, em que são discutidas as bases sobre as quais eventualmente serão firmados acordos e contratos, algo impensável no âmbito da atuação unilateral. Para Marçal JUSTEN FILHO:

“Há íntima relação entre a democratização do Estado e a ampliação da utilização do contrato administrativo. (...) A utilização do contrato administrativo se insere num processo político de consensualização do desempenho dos poderes públicos. Embora mantenham a competência para a prática de atos unilaterais e vinculantes perante terceiros, o Estado passa a se

³²⁴ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 63.

³²⁵ A expressão é de Jacques CHEVALLIER. **A governança e o direito**. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 129-146, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 17 set. 2013, p. 139.

³²⁶ A conclusão é de Mark Bobela-Mota KIRKBY, para quem: “*é também paradigmático na Administração concertada a emergência de um vasto leque de formas informais e espontâneas de concertação no âmbito da realização da tarefa administrativa, proliferando todo o gênero de pactos, convenções, acordos de cavalheiros, consensos no âmbito do procedimento negociado, que, no seu conjunto, evidenciam o surgimento de um novo bloco de actividade administrativa que foge aos cânones tradicionais de exercício do poder administrativo. No entanto, o principal traço indiossincrático da Administração concertada está no papel que passa a estar reservado à contratualização no âmbito da actividade Administrativa*”. **Contratos sobre o exercício de poderes públicos: o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral**. Coimbra Editora, 2011, p. 26-27.

valer de institutos jurídico de natureza consensual. Ao invés de impor unilateralmente aos particulares deveres e obrigações, o Estado recorre ao consenso. Essa solução amplia a legitimidade do poder estatal e reduz conflitos”³²⁷.

A *contratualização*, portanto, enquanto forma de expressão da Administração-consensual, retrata a substituição das relações administrativas baseadas na *unilateralidade*, na *imposição* e na *subordinação*, por relações fundadas nas ideias de *negociação* e de *contrato*, refletindo-se tanto (i) na edição de leis que criam novas figuras contratuais para o exercício das funções públicas, quanto (ii) no maior recurso às técnicas contratuais baseadas na negociação em detrimento da atuação administrativa impositiva e unilateral, e ainda (iii) na atenuação do regime de prerrogativas de ação unilateral próprio dos contratos administrativos. Ora, se o conteúdo desses ajustes será o objeto do consenso estabelecido entre as partes como decorrência do processo de negociação que antecedeu ao ajuste, as posturas assumidas pelo Estado mediador serão em tudo distintas das posições tradicionalmente ostentadas pelo Estado, cuja nota característica encontra-se justamente no poder de imposição das obrigações exercido em razão do atributo da autoridade.

Como consequência de tais práticas, a Administração é agora cada vez mais impelida a levar em consideração as preferências e as rejeições de seus parceiros. O objetivo de eficácia e a preocupação com a democratização do Estado tendem, com isso, a “*relativizar a distinção tradicional entre ato unilateral e contrato*”³²⁸. Tanto é assim que até mesmo em sistemas tradicionalmente avessos à figura do contrato administrativo no âmbito dos poderes estatais, como na Alemanha e na Itália – que apenas admitiam contratos, sempre regidos pelo direito privado, quando não presente alguma manifestação de poder estatal – passou-se a admitir um certo princípio geral de livre utilização do *contrato de direito público*, alternativamente ao ato administrativo, transformando o contrato administrativo numa figura genericamente aceite, e influenciando, com isso, outros ordenamentos jurídicos europeus³²⁹.

³²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15ª Edição. São Paulo: Dialética, 2012, p. 11-12.

³²⁸ CHEVALLIER, Jacques. **A governança e o direito**. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 129-146, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 17 set. 2013, p. 142.

³²⁹ Sem ainda pretender aprofundar o estudo destas espécies de pactos substitutivos de decisões unilaterais – o que será objeto do capítulo seguinte –, convém mencionar apenas que a pioneira nesse sentido foi a Lei alemã de procedimento administrativo, editada em 1976, por meio da qual o Direito alemão estabeleceu a noção de “contrato de direito público” enquanto expressão da Administração contratual, ao prever, em seu art. 54, que uma

Assim, a utilização dos contratos administrativos deixou de se fazer apenas naquelas áreas em que a Administração se vê na contingência de recorrer aos particulares para que estes lhe forneçam os bens e os serviços de que necessita para o prosseguimento das suas funções, avançando em direção de áreas classicamente subtraídas à via contratual. Surgem, então, os contratos que têm por objeto o exercício do próprio poder administrativo, abrindo uma porta precursora para o processo de sedimentação doutrinal e jurisprudencial da consensualidade (o que, mais tarde, vai permitir a positivação desses contratos em diversos ordenamentos jurídicos). Mas embora a substituição do ato de manifestação da autoridade estatal (ato unilateral) pelo contrato seja, sem dúvida, a expressão mais evidente da *contratualidade* nos tempos atuais, o conceito de *contratualidade* enquanto manifestação da consensualidade administrativa não se encerra no aumento da utilização do instituto do contrato em substituição ao ato administrativo unilateral. A contratualidade é também manifestada mesmo em campos da atuação estatal tradicionalmente abertos à figura do contrato, como na prestação de serviços públicos, no fomento, na intervenção direta do Estado na economia etc, conforme será melhor explicitado ao longo do presente estudo.

Diante de todo esse contexto, o sentido de contratualidade adotado na presente Dissertação contempla duas vertentes principais: de um lado, denota **(i)** as novas formas contratualizadas do agir administrativo a partir da criação de novos instrumentos contratuais, tanto em áreas em que a figura contratual sempre foi aceita entre nós (bens e serviços), quanto nas funções de típica autoridade estatal tradicionalmente avessas à figura dos contratos (poder de polícia, por exemplo); e, sob outro enfoque igualmente consensual, **(ii)** a contratualidade significa a atenuação da unilateralidade e imperatividade características do regime jurídico dos contratos administrativos, segundo a teoria tradicional estudada no primeiro capítulo da Dissertação. Nesse sentido, entende-se como formas de expressão da *contratualidade administrativa* o modo de atuação dos órgãos e entidades administrativas a partir de bases e de

relação jurídica de direito público pode ser criada, modificada ou extinta por contrato (contrato de direito público), desde que isso não seja vedado por lei. Tal disposição confere a possibilidade da Administração, no lugar de um ato administrativo (unilateral e autoritário), celebrar contrato de direito público com quem seria o destinatário do ato administrativo. A partir desta disposição da Lei alemã, que fez emergir a possibilidade de acordo mesmo nas situações em que, tradicionalmente, a manifestação da autoridade e da unilateralidade sempre se fez presente, outros sistemas jurídicos da Europa continental, como o italiano, o espanhol e o português também passaram a prever a possibilidade ampla da celebração de acordos pela Administração, bem como a possibilidade de substituição, por acordo, de atos administrativos tradicionalmente editados de modo unilateral pela Administração Pública.

procedimentos que privilegiam o emprego de técnicas, métodos e instrumentos negociais, bilaterais, consensuais, a partir da celebração de acordos de vontade internos a um instrumento contratual pré-existente ou que resulte na criação de um ajuste autônomo, sempre visando a atingir resultados que tradicionalmente poderiam ser alcançados – porém não com a mesma eficiência – por meio da ação impositiva e unilateral da Administração Pública. Este é o sentido de *contratualidade administrativa* adotado ao longo do presente trabalho, a partir do qual devem ser compreendidas as suas inúmeras manifestações na realidade administrativa hodierna e sobre o qual deitarão as principais conclusões obtidas nos capítulos seguintes.

CAPÍTULO III – MANIFESTAÇÕES DA CONTRATUALIDADE NOS DIVERSOS CAMPOS DE ATUAÇÃO ESTATAL

Uma completa noção de *contratualidade* só pode ser melhor extraída, a nosso ver, a partir de uma análise abrangente do Direito positivo e das orientações do sistema constitucional de cada país, onde encontram-se instrumentalizadas e autorizadas, explícita ou implicitamente, as posturas consensuais da Administração no desempenho eficiente e satisfatório de suas funções. Com este norte, o objetivo deste tópico será exemplificar – do modo mais abrangente possível, porém dentro dos limites do presente trabalho – a evolução e a ampliação da utilização da figura do contrato (em sua ampla acepção), tanto em setores em que o seu uso vem sendo experimentado desde longa data (serviços públicos, p.ex.), quanto em searas cuja utilidade do contrato é recente, como meio alternativo de manifestação da vontade estatal em lugar da atuação administrativa unilateral.

O objetivo será direcionado, portanto, à tentativa de demonstração – com foco no Direito brasileiro – de como o aumento do recurso aos instrumentos contratuais torna o estudo da teoria do contrato administrativo mais complexo diante dos novos tipos de ajustes consensuais celebrados pela Administração, de modo a possibilitar a criação do pano de fundo para a discussão – a ser feita na sequência – acerca da anunciada insuficiência da teoria do contrato administrativo (ainda prevalecente entre nós) em dar respostas efetivas e úteis aos desafios enfrentados pelo tema das contratações públicas na contemporaneidade.

3.1. Contratualidade na prestação de serviços e utilidades públicos

Não há como negar que o movimento de *contratualização* acima anunciado foi em grande medida favorecido e impulsionado – ou ainda, arrisca-se dizer, possibilitado – pela ocorrência de uma *crise* na noção de *serviço público* assistida nas duas últimas décadas do século XX, quando o desempenho das funções administrativas pelo Estado centralizado e detentor do monopólio da atividade de provisão e proteção da sociedade sofreu um acentuado colapso³³⁰. É fato que, diante de uma grave crise fiscal e do excesso de burocratização – aliados

³³⁰ A dificuldade enfrentada pelo Estado-Providência em garantir os bens e serviços necessários ao pleno atendimento dos direitos sociais proclamados na Constituição tem origem no grave ciclo de endividamento estatal,

ao acréscimo de demanda por direitos sociais –, o Poder Público deixou de ser eficiente nas atividades econômicas que se propôs a atuar, gerando como consequência uma profunda insatisfação na sociedade³³¹. A crise então instalada desencadeou um movimento inverso àquele verificado na chamada *primeira crise* do serviço público³³², havendo uma consequente *liberalização* de setores econômicos e um aumento da atuação da iniciativa privada na economia, com a devolução ao mercado de uma série de atividades que dele haviam sido retiradas³³³.

A partir de então, assistiu-se a uma progressiva redução do número de atividades consideradas serviços públicos e o aumento do número de atividades consideradas *atividades privadas de relevância pública*, que antes eram serviços públicos de titularidade estatal. O conceito de *serviço público* foi em certa medida reduzido apenas às atividades que continuaram sendo de titularidade estatal, atribuindo-se o caráter de relevância pública às atividades que passaram à iniciativa privada, ou seja, atividades privadas de interesse público ou atividades econômicas de interesse geral³³⁴.

Sem pretender-se adentrar na intrincada discussão em torno do conceito jurídico atual de *serviço público*³³⁵, o fato é que ganhou força a ideia de que o Estado deve concentrar os seus

incorrido justamente no intuito de financiar os programas sociais e garantir o fornecimento das condições mínimas de saúde, educação, moradia, segurança etc...

³³¹ Esta situação é bem retratada nas palavras de Carlos María CÁRCOVA: “*El Estado de Bienestar y su correlato jurídico institucional, el ESD, entró en un proceso de paulatina desaparición – ya se ha adelantado – a partir de la crisis del petróleo de mediados de los 70. Su lógica de funcionamiento se fue diluyendo, acosada por su propia inviabilidad...(...) un Estado que asume la obligación de dar satisfacción a todas las necesidades fundamentales de la población, es inviable. Ello así porque el Estado tiene una limitada capacidad de obtener recursos y las necesidades humanas son infinitas*”. **Estado Social de Derecho y Radicalidad Democrática**. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de (org). **Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 102-105.

³³² A primeira ocorreu em meados do século passado, quando houve um significativo aumento da intervenção do Estado sobre atividades econômicas privadas, que passou a exercer uma série de atividades econômicas, comerciais e industriais, sem correlação direta com o atendimento de necessidades coletivas (empresas públicas e sociedades de economia mista). ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O serviço público e as suas crises**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 421-440.

³³³ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Poder Público, serviço público: crise e conciliação**. RDE: Revista de Direito do Estado, Ano 1, nº 4:387-401, out/dez 2006.

³³⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O serviço público e as suas crises**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 421-440.

³³⁵ Para um aprofundamento da matéria, ver ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O serviço público e as suas crises**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008; ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços**

esforços no desempenho de atividades essenciais e exclusivas, tais como: dirigir, vigiar, reprimir; deixando as demais serem realizadas pela iniciativa privada (com ou sem interesses econômicos). É isto, aliás, o que está por trás do conceito do *princípio da subsidiariedade*³³⁶, por meio do qual o Estado assume a postura de “*garantidor*”³³⁷, daquele que gerencia a prestação dos serviços públicos, planeja, fiscaliza e fomenta a sua execução.

A partir desta concepção de Estado-subsidiário, retoma-se com novo vigor a fórmula consagrada da delegação e da colaboração dos particulares no desempenho das atividades de

públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2007; SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição.** São Paulo, 2011, 309f. Tese de doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. De mais relevante, convém apenas situar o debate para destacar que a introdução da competição e a convivência de operadores econômicos privados na atividade de prestação de serviços públicos “liberalizados”, trouxeram consigo a necessidade de uma verdadeira revisitação da teoria do serviço público tradicional, na medida em que muitos dos seus pressupostos – como a exclusividade estatal da prestação, a unicidade de regime jurídico e as prerrogativas estatais – são agora esvaziados diante da revisão do próprio conceito e abrangência de “serviço público” na atualidade. Do ponto de vista da revisão conceitual, vislumbra-se ao menos duas possibilidades de reformulação da noção de serviços públicos, a saber: (i) defender a redução da ideia de serviço público apenas às atividades que continuam sendo de titularidade estatal, e atribuir a designação de *public utilities* às atividades que passaram à iniciativa privada; ou (ii) considerar estas atividades recentemente liberalizadas uma espécie de serviço público impróprio, que não seriam da essência da Administração, e como tais são regidos principalmente pelo direito privado, ao contrário dos chamados serviços públicos administrativos, desempenhados em cumprimento de atos e finalidades conaturais ao Estado. Independentemente do conteúdo conceitual adotado, é certo que a revisão da noção de serviços públicos implica no enfrentamento de uma série de questões relacionadas à perda de sentido das dicotomias formuladas ao longo da teoria do serviço público tradicional, que agora necessitam ser reformuladas em vista da superação dos postulados sobre os quais se baseou o conceito inicial. O importante a ser reconhecido é que, independentemente da revisão conceitual, não houve uma transformação do conceito de serviço público intrinsecamente considerado, mas sim uma redução significativa do número de atividades capazes de nele se enquadrarem, com o respectivo aumento do número de atividades enquadradas no conceito de atividades privadas de relevância pública, antes consideradas serviços públicos titularizados pelo Estado. A nosso ver, para além do aspecto conceitual, os maiores desafios que se põem diante desta nova forma de se enxergar os serviços públicos dizem respeito ao quanto o Estado permanece obrigado a garantir a prestação, a isonomia, a continuidade e a universalização no âmbito dos serviços públicos em regime de competição, muitas vezes sujeitos a regimes jurídicos diferentes a reger a mesma atividade. Mas, em que pese tal discussão (a qual certamente renderia um novo trabalho), queremos aqui ressaltar apenas um único aspecto desta transformação: o reconhecimento de que o Estado e os particulares devem atuar conjuntamente no desempenho eficiente das tarefas públicas. Esta é a nota fundamental para compreender-se a noção de contatualidade aplicada ao âmbito dos serviços públicos na presente Dissertação.

³³⁶ Este que, ao lado dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, transparência, eficiência e participação, consistem nos princípios gerais da atividade regulatória. Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico.** Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 73. Marçal JUSTEN FILHO entende a subsidiariedade como o reconhecimento dos princípios gerais da livre iniciativa e da livre empresa, “*reservando-se ao Estado o instrumento da regulação como meio de orientar a atuação dos particulares à realização de valores fundamentais*”. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes.** São Paulo: Dialética, 2002, p. 21.

³³⁷ Maria João ESTORNINHO destaca que “(...) no Estado Pós-Social, que parece querer assumir-se como “Estado-Garante”, a Administração Pública sob o lema “*faire-faire*”, torna-se essencialmente uma entidade gestora e assume tarefas de planeamento, fomento e controlo (“*planende Verwaltung*”)”. **A Fuga para o Direito Privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública.** 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2009, p. 102.

interesse público³³⁸. Assistiu-se a um processo de desestatizações, privatizações e *parcerias* com o setor privado, operando-se uma verdadeira “*transformação nas concepções dominantes quanto ao papel do Estado*”³³⁹. Esta mudança produziu como resultado uma atuação cada vez mais próxima entre Estado e sociedade, com a ampliação de *parcerias* (em sentido amplo) com o setor privado na busca pela satisfação das necessidades coletivas, fenômeno de inegável repercussão na forma de se conceber a antiga *dicotomia* entre o público e o privado na relação entre Estado e sociedade. Cite-se, a este respeito, o relato de Carlos Ari SUNDFELD:

“Nos cerca de 70 anos que se passaram entre o final da I Guerra Mundial e o início da Reforma do Estado vigorou a crença de que não só o interesse geral era preocupação do Estado, como devia ser alcançado preferencialmente pela ação da máquina pública: empresas, hospitais e universidades do próprio Estado deviam fazer os investimentos necessários e prestar os serviços públicos e sociais. Os particulares participariam como simples fornecedores de bens, serviços e capitais ao Estado, sem assumir maior responsabilidade quanto aos objetivos finais. Mas a orientação se inverteria a partir da década de 90 do século passado, com o início da Reforma do Estado, que diminuiu significativamente o tamanho deste, mas sem que se renunciasse à realização dos objetivos que até então vinham sendo buscados. A alternativa foi, então, recuperar ou criar mecanismos para a assunção de responsabilidades públicas por particulares, em substituição ao modelo anterior, de gestão estatal”³⁴⁰.

Assim, no campo da prestação dos serviços públicos (e das utilidades públicas em geral³⁴¹), as novas manifestações da *contratualidade administrativa* assumiram papel de destaque na forma de atuação da Administração, como resultado da substituição da forma estatal burocrática “*para outra mais democratizada, com prevalência da eficiência e*

³³⁸ O Estado passa da posição de provedor direto das necessidades coletivas (Estado-providência) para a posição de regulador da ordem econômica em determinados setores da economia (ao menos dos setores mais relevantes), mediante a transferência de atividades tipicamente públicas aos particulares.

³³⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **As Agências Reguladoras**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, número 6 – maio/junho/julho de 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 20/10/2011.

³⁴⁰ SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias Público-Privadas**. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2007, p.18-19.

³⁴¹ Na verdade, o que se quer aqui ressaltar é que, para fins de analisar o instituto da concessão, deve-se considerá-lo como instituto aplicável não apenas no âmbito dos serviços públicos, mas também em qualquer atividade em que seja permitida a delegação à iniciativa privada. Adotaremos aqui, pois, a mesma premissa utilizada por Vera MONTEIRO em sua tese de doutoramento na Universidade de São Paulo, segundo a qual: “o gênero ‘concessão’ não depende do conceito de serviço público e admite a delegação de atividade não privativa do Estado. Toda atividade estatal de interesse público é potencialmente delegável (serviço público, serviço econômico, serviço social e serviço administrativo). Eventual indelegabilidade decorre de vedação expressa da Constituição ou norma local, ou com relação a eventual núcleo de autoridade existentes para o exercício da atividade concedida”. **A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei nº 11.079/2004**. Tese de Doutorado: Universidade de São Paulo, 2009, p. 162. Quer-se, com isso, incluir no campo das concessões a concessão de obras, de uso de bens públicos, e todas as demais modalidades a serem mencionadas mais à frente.

indicadores objetivos e mensuráveis de gestão”³⁴². Nota-se uma evolução da Administração Pública burocrática para a Administração Pública gerencial, com o aumento da colaboração dos particulares no desempenho da função administrativa³⁴³. A cooperação entre setor público e iniciativa privada tornaram-se, nesse sentido, importantes instrumentos de promoção de uma maior participação do setor privado no desempenho eficiente das tarefas públicas.

No ambiente econômico, p.ex., o Estado viu-se obrigado a negociar os seus interesses com os interesses (também legítimos, diga-se) dos agentes econômicos privados, sabedor de que do seu esforço em obter a *colaboração* dos particulares poderia depender o sucesso do cumprimento satisfatório dos objetivos e metas de *política pública*³⁴⁴. A forma de buscar esta composição de interesses reclamou, portanto, uma forma de atuação menos impositiva e unilateral (o ato), para uma forma mais consensual e negociada (o contrato), onde o *resultado* pudesse ser mais importante do que os meios utilizados para atingi-lo.

Tal percepção levou Alexandre Santos de ARAGÃO a apontar a grande contribuição teórica trazida pela descentralização por colaboração: “*ultrapassada a separação entre Estado e sociedade, ambos tomaram consciência de que têm objetivos comuns que só poderão ser alcançados com sucesso se reunirem os seus meios e esforços*”³⁴⁵. A partir desta concepção, afastou-se a antiga ideia de que a tutela dos interesses da sociedade seria *exclusividade* do

³⁴² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **As Agências Reguladoras**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, número 6 – maio/junho/julho de 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 20/10/2011.

³⁴³ Nesse aspecto, Odete MEDAUAR esclarece as ideias de fundo norteadoras da reforma administrativa promovida no Brasil pela Emenda Constitucional nº 19/98: “*Administração a serviço do público; Administração eficiente, ágil, rápida, para atender adequadamente às necessidades da população*”. **Direito Administrativo Moderno**, 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 34.

³⁴⁴ CHEVALLIER ressalta que o “*fenômeno transborda o domínio econômico para se estender aos diferentes campos de intervenção pública: para assegurar as responsabilidades que lhe foram atribuídas, o ‘Estado regulador’ deve apoiar-se sobre os atores sociais – e as convenções virão oficializar essa cooperação*”. Segundo o autor: “*as autoridades locais são levadas a recorrer aos modos de ‘gestão delegada’ e às convenções de parceria – as associações tendo se tornado, tanto no domínio econômico como no social ou no cultural, um parceiro indispensável para assegurar a concretização das políticas locais*”. **A governança e o direito**. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 129-146, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 17 set. 2013, p. 139.

³⁴⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Descentralização Administrativa – sua evolução face às reformas à Constituição de 1988**. Tese aprovada por unanimidade no XXVI Congresso Nacional dos Procuradores do Estado – Goiás/2000, A & C, ano 3, nº 11, jan/fev/mar 2003, p. 139.

Estado, substituída pela atual constatação de que “*a sociedade organizada pode e em certos casos deve ter ação concorrente*”³⁴⁶.

O resultado prático desta evolução é a constatação de que o meio contratual entre o Poder Público e a iniciativa privada pode, para além de servir de instrumento para a gestão mais eficiente das tarefas atribuídas à Administração, servir como mecanismo potencialmente transformador da histórica relação de poder entre o Estado e os indivíduos – ou entre o Estado e os grupos de interesses –, a partir da máxima segundo a qual “*o contrato não se fundamenta necessariamente em relações antagônicas entre as partes, mas pode ter a sua base numa relação de cooperação*”³⁴⁷. Cria-se, assim, um ambiente propício para o nascimento de novos parâmetros, instrumentos e formas jurídicas para possibilitar a constituição de *parcerias*³⁴⁸ entre os setores público e privado na prestação de serviços e utilidades públicos, visando a promover o desenvolvimento da sociedade através da colaboração, da união de esforços e, principalmente, através da negociação quanto ao melhor e mais eficiente modo de fazê-lo³⁴⁹.

³⁴⁶ Tal constatação é feita partindo-se da premissa de que “*o interesse público é próprio do Estado, que deve persegui-lo e realiza-lo na forma da lei e do Direito, mas não é dele exclusivo*”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 35-53, out/dez. 2003, p. 48.

³⁴⁷ A expressão é de autoria do Prof. Gérard Farjat, citado por Arnaldo WALD na obra **O direito de parceria e a nova Lei de concessões: análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 38”, nos seguintes termos: “*A mais recente doutrina reconhece que existe, nesses contratos, uma obrigação de cooperação, mais densa no seu conteúdo do que as de boa-fé e de lealdade (...). Como bem salienta o Prof. Gérard Farjat, da Universidade de Nice, trata-se de uma ideia moderna, que a doutrina invoca cada vez mais frequentemente e de acordo com a qual ‘o contrato não se fundamenta necessariamente em relações antagônicas entre as partes, mas pode ter a sua base numa relação de cooperação’*. Essa obrigação não se limita a ocorrer no contrato de sociedade, dominado pela *affectio societatis* ou pelo *jus fraternitatis*, e no mandato dado no interesse comum das partes, mas vai ainda mais longe e se encontra em casos de colaboração contratual, como os referentes à subempreitada e à concessão exclusiva de venda”.

³⁴⁸ É precisamente este – o de parceria – o sentido de *contratualidade* nos serviços públicos que se pretende aqui ressaltar.

³⁴⁹ Tanto é assim que, em nosso direito positivo, até mesmo uma análise menos detida do ordenamento é capaz de revelar que as *parcerias* entre o setor público e os particulares encontram-se manifestadas em diversas searas da atuação estatal, e podem cumprir inúmeros objetivos, instrumentalizando-se por diversas maneiras. As principais formas de parcerias existentes no direito brasileiro foram sistematizadas por Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, em sua obra singular intitulada “*Parcerias na Administração Pública*”, onde são identificados os vários campos em que as *parcerias* podem se manifestar, como: (a) na delegação de serviços públicos; (b) na cooperação do particular na execução de atividades próprias da Administração (terceirização); (c) na desburocratização da Administração Pública, em vista do novo plano da Administração gerencial; e (d) na atividade de fomento à iniciativa privada de interesse público. **Parcerias na Administração Pública – Concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 7ª edição. São Paulo: Editora Atlas. 2009, p. 22-23. Ver também: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Parcerias na Administração Pública**. In: FIGUEIREDO,

Para além de uma transformação restrita ao campo de análise da teoria geral do Direito, ou, mais especificamente, da teoria geral do Direito Administrativo, a maior proximidade entre o Poder Público e os particulares no desempenho das funções administrativas fez-se sentir já na legislação de inúmeros países, com a inclusão de novos tipos contratuais que denotam o espírito que deve nortear as novas espécies de pactos que surgem. No Direito Administrativo brasileiro não foi diferente. Há inúmeros exemplos de como a manifestação da *contratualidade* é capaz tanto de transformar os instrumentos mais clássicos de cometimento de atividades públicas aos particulares (o caso das concessões), quanto de criar um terreno fértil para o surgimento de novos instrumentos de delegação de serviços ou utilidades públicas à gestão e prestação da iniciativa privada. Afinal, conforme sintetiza PALMA, no Brasil “a contratualização foi (...) uma das principais técnicas de gestão da política de Reforma do Estado para promover a eficiência à máquina administrativa, responsável por impulsionar a regulamentação de contratos com entes de colaboração do Poder Público”³⁵⁰.

Entre nós, são exemplos mais expressivos desta nova *contratualidade* aplicada ao campo dos serviços públicos – e de outras utilidades públicas passíveis de delegação –, basicamente: (i) as diversas configurações das concessões; (ii) as parcerias público-privadas, em suas modalidades administrativa e patrocinada; (iii) os convênios e os consórcios públicos para desenvolvimento de atividades ou gestão de serviços de interesse comum entre entes federados; (iv) os contratos de programa; (v) os contratos de gestão com Organizações Sociais (OS); entre outras modalidades mais recentes ou menos usuais. Todos esses tipos contratuais, por certo, oferecem uma visão abrangente do significado de *contratualidade* administrativa trabalhado na presente Dissertação, razão pela merecerão um estudo mais detido nas linhas seguintes.

Marcelo e PONTES FILHO, Valmir (Orgs). **Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 233-307.

³⁵⁰ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2010, p. 85.

3.1.1. Contratos de Concessão

É certo que a manifestação mais evidente da *contratualidade* no campo do provimento das utilidades públicas revela-se na multiplicação dos instrumentos contratuais e na possibilidade de conjugação de instrumentos, com a criação de contratos atípicos (sobre o tema, ver tópico 5.1). Porém até mesmo os mais clássicos modelos *contratualizados* de delegação de serviços ou utilidades públicas, como o típico *contrato de concessão*³⁵¹ (amplamente estudado e emoldurado pela jurisprudência francesa³⁵²), transformam-se, nesse processo, em parcerias dinâmicas desenvolvidas sob as mais diversas formas, tanto em razão dos objetivos pretendidos quanto do contexto político e econômico nos quais encontram-se inseridas. É precisamente este alargamento da noção de *concessão* – com a passagem para uma visão contemporânea do instituto – que se pretende aqui ressaltar como expressão da *contratualidade administrativa*.

Em primeiro lugar, frise-se que o conceito de *concessão* aqui trabalhado não se reduz às concessões de *serviços públicos* (modalidade que, inegavelmente, mais atraiu a atenção da doutrina e jurisprudência durante o século XX), mas inclui também todas as demais modalidades de concessão que tenham por finalidade a delegação de atividades materiais de interesse coletivo a um particular por longo prazo, envolvendo a realização de grandes investimentos e a necessidade de amortização de tais investimentos ao longo do tempo. Esta nota é relevante para demonstrar, mais adiante, como o instituto da *concessão* – e, conseqüentemente, seu instrumento jurídico: o contrato – sofreu um expressivo aumento de complexidade se comparado aos modelos clássicos surgidos ainda em finais do século XIX, diante da multiplicidade de situações (atividades) em que pode ser aplicado na atualidade.

³⁵¹ Como salienta Marçal JUSTEN FILHO, há notícias de que antecedentes do instituto da concessão ainda na antiguidade clássica romana (GIANNINI) e no Antigo Regime absolutista francês (Eduardo García de ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ), mais ligada à ideia de privilégio. Porém, a concepção de concessão de serviços públicos aqui adotada afasta-se da noção de privilégio para incluir apenas a noção cunhada ao longo do século XIX, já sob o regime do Estado de Direito, longamente debatido pela jurisprudência francesa que, ao longo das primeiras décadas do século XX, já adotava entendimento bastante uniforme no sentido de considerar inaplicável às concessões de serviços públicos as regras gerais do Direito Comum. Cf. **Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 50-51.

³⁵² Embora não se possa afirmar que o instituto teria surgido na França, deve-se sublinhar que a concessão de serviço público recebeu relevantíssima teorização por parte da doutrina francesa a partir de decisões do Conselho de Estado, exercendo grande influência sobre a formulação jurídica do instituto no Brasil.

Embora houvesse quem sentenciasse que tudo o que havia para ser dito a respeito da concessão parecia já tê-lo sido³⁵³, não se duvida que o instituto apresenta-se, tanto do ponto de vista teórico quanto da sua aplicação prática, ainda bastante atual e prenhe de desafios. Tanto é assim que, em estudo recente sobre o tema, Marçal JUSTEN FILHO assinalou justamente a impossibilidade de se interpretar a concessão “*tal como se fosse a mesma figura adotada anteriormente*”, uma vez que as “*a alteração radical das concepções políticas, sociais, econômicas e jurídicas refletiu-se sobre o instituto da concessão*”, fazendo sentido se referir, portanto, a uma “*nova concessão para indicar os efeitos da constitucionalização e da democratização do Estado e do Direito brasileiros*”³⁵⁴.

O autor quer se referir justamente às transformações assistidas na estrutura e na forma de atuação do Estado nas últimas décadas, cuja postura passa agora a exigir a participação efetiva da chamada *sociedade civil* como forma de afirmação da superação das antigas concepções políticas baseadas na contraposição dos cidadãos ao Estado, assumindo este agora a função de “parceiro social”, ou melhor, de tutor dos particulares sem que estes (particulares) sejam privados da colaboração na gestão política. Para o autor, a República significa a instrumentalidade do Estado para realização de fins coletivos e individuais, com o absoluto predomínio da dignidade da pessoa humana, sendo nesta medida que a concessão assume a importante função de instrumento de que “*dispõe o Estado para formalizar essa comunhão entre os diversos segmentos da Sociedade, especificamente no tocante à prestação de utilidades necessárias à satisfação imediata da dignidade humana*”³⁵⁵.

Nesta perspectiva, assiste-se a uma *pluralidade de configurações* da concessão nos tempos recentes, que passa a englobar, muito além da delegação de serviços ou utilidades públicos mais usuais – concessão de serviço, de obra pública, de direito real de uso de bens públicos etc –, uma verdadeira comunhão de esforços para a superação de desafios em diversos

³⁵³ Como lembra Marçal JUSTEN FILHO, a expressão é de Georges VEDEL, em 1978, especificamente em relação às concessões de serviços públicos. **Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 51.

³⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **As diversas configurações da concessão de serviço público**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 95-135, jan./mar. 2003.

³⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **As diversas configurações da concessão de serviço público**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 95-135, jan./mar. 2003.

campos em que a atividade estatal se mostra insuficiente (ou ineficiente)³⁵⁶. Isto inclui as mais recentes modalidades de concessão reconhecidas como de *nova geração*, como a concessão urbanística (positivada no Município de São Paulo pela Lei n° 14.917/09)³⁵⁷, a concessão florestal (disciplinada pela Lei n° 11.284/06)³⁵⁸, a concessão relativa a hidrocarbonetos (disciplinada pela Lei n. 9.478/97); a concessão de uso especial para fins de moradia (prevista no Art. 4º, V, “h” da Lei n° 10.257/01 – Estatuto da Cidade); ou ainda as modalidades de concessão patrocinada e administrativa designadas como Parcerias Público-Privadas na Lei Federal n° 11.079/04; todas elas submetidas a um regime jurídico próprio e não necessariamente predador das mesmas prerrogativas públicas.

Além desta multiplicidade de configurações, as transformações do instituto da concessão revelam-se também no movimento – relativamente recente entre nós – de setorização

³⁵⁶ Para Floriano de Azevedo MARQUES NETO: “(...) O instituto da concessão, portanto, remete a um instrumento de delegação de cometimentos públicos, que compreende a concessão de serviços públicos, sem dúvida, mas é muito mais amplo do que esta modalidade. A concessão, na acepção aqui tratada (concessão-delegação), é o instituto jurídico pelo qual o poder público pactua transferir a um particular um plexo de direitos (prerrogativas) e obrigações que lhes são originalmente atribuídas, não se despojando, porém, nem da obrigação concernente, nem das prerrogativas relacionadas com essa utilidade (bem, serviço, atividade) pública. Podem ser objeto de concessões, nesse sentido, utilidades muito mais amplas do que os chamados serviços públicos”. **A concessão como instituto do Direito Administrativo**. Tese apresentada ao concurso para provimento de cargo de professor titular. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 227.

³⁵⁷ Quanto à figura da *concessão urbanística*, a sua novidade dificulta a tarefa de sua classificação como concessão de serviço ou concessão de uso de bem público, sendo mais adequado tratá-la como uma nova modalidade de concessão. Segundo Adilson DALLARI, a concessão urbanística “*não configura, exatamente, uma modalidade de concessão de obra pública, mas, sim, consiste num instituto específico do Direito Urbanístico, que, conforme foi salientado, vem ganhando corpo e autonomia, tendo, agora, após a edição da Lei 10.257, de 10.07.2001 (Estatuto da Cidade) um início de unidade normativa, apresentando institutos e princípios próprios*”. Cf. DALLARI, Adilson de Abreu. **Concessões urbanísticas**. Revista Trimestral de Direito Público – RTDP, n. 37. São Paulo: Malheiros, 2002. De modo semelhante conclui Mariana NOVIS: “*a concessão urbanística não equivale perfeitamente a uma concessão de serviço público, nem a uma concessão de obra pública e muito menos a alguma das duas subespécies de parceria público-privadas aventadas na lei competente, seja a concessão administrativa ou a patrocinada, nem mesmo exercendo o papel de uma possível releitura ou variação dos mesmos conceitos*”. Para a autora, a concessão urbanística pertence ao gênero concessão, mas possui um regime próprio que não se identifica plenamente com nenhuma das espécies de concessão previstas na legislação federal. Cf. NOVIS, Mariana. **O regime jurídico da concessão urbanística**, Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 146. Vale mencionar que, no Município de São Paulo, o instituto foi positivado por meio da Lei n° 14.917/09, a qual define a concessão urbanística em seu Art. 2º como “*o contrato administrativo por meio do qual o poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência, delega a pessoa jurídica ou a consórcio de empresas a execução de obras urbanísticas de interesse público, por conta e risco da empresa concessionária, de modo que o investimento desta seja remunerado e amortizado mediante a exploração dos imóveis resultantes destinados a usos privados nos termos do contrato de concessão, com base em prévio projeto urbanístico específico e em cumprimento de objetivos, diretrizes e prioridades da lei do plano diretor estratégico*”.

³⁵⁸ O Art. 3º, VII desta Lei define a Concessão Florestal como a “*delegação onerosa, feita pelo poder concedente, do direito de praticar manejo florestal sustentável para exploração de produtos e serviços numa unidade de manejo, mediante licitação, à pessoa jurídica, em consórcio ou não, que atenda às exigências do respectivo edital de licitação e demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado*”.

dos serviços públicos, como resultado da maior complexidade e da abertura de muitos serviços públicos à competição³⁵⁹, bem como da concentração da regulação em agências reguladoras independentes³⁶⁰. Como vimos, as transformações sofridas nas últimas décadas em torno dos *serviços públicos* produziu como resultado uma maior complexização da matéria a partir da abertura de muitas atividades que antes eram monopolizadas pelo Estado para o regime de competição, forçando a criação de normas melhor adaptadas às especificidades das concessões em cada diferente setor – é o que se verifica, p.ex., nos setores de telecomunicações (Lei n° 9.472/97) e distribuição de gás canalizado (Lei n° 9.478/97). Além disso, a setorialização permitiu uma regulação mais intensa e especializada, na medida em que a concessão, em muitos casos, deixa de ser controlada pelo próprio Poder Concedente para sofrer a regulação por uma entidade reguladora independente. Tais aspectos são ressaltados por Floriano de Azevedo MARQUES NETO ao comentar as transformações sofridas pelo instituto da concessão de serviços públicos nas últimas décadas:

“o primeiro traço é que não mais se faz concessão de todo um pacote de serviços, mas se admite hoje a concessão de atividades dentro de um pacote maior de serviços. A segunda transformação, que é importante destacar, é que tradicionalmente se associava a concessão à ideia de exploração exclusiva de um serviço; a regra da concessão era a regra da exclusividade. Hoje, até por força de lei, a exclusividade passou a ser exceção. [...] Outro traço (...) é sobre a reformulação ou o fortalecimento da ideia de regulação do Poder Público sobre os serviços. Essa ideia de regulação também se apresenta com uma

³⁵⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural**. Revista de Direito Administrativo – RDA. São Paulo: Renovar, n. 223, jan./mar. 2001.

³⁶⁰ Como instrumentos fundamentais da redefinição da atuação estatal são criadas as chamadas Agências Reguladoras Independentes, resultado de um modelo regulatório fundado no princípio da subsidiariedade, priorizador da livre iniciativa, e cujo principal desafio consiste em disciplinar a atuação dos particulares a fim de emprestar maior efetividade e representatividade à pluralidade de interesses coexistentes no corpo social, mantendo o controle da atividade por meio do exercício da função de regulação. Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 73. O surgimento das Agências Reguladoras Independentes é assim sintetizado nas palavras de Alexandre Santos de ARAGÃO: “...o Estado, diante de uma sociedade crescentemente complexa e dinâmica, verificou a impotência dos seus instrumentos tradicionais de atuação, o que impôs a adoção de mecanismos administrativos mais ágeis e tecnicamente especializados. A tecnologia jurídica até então predominante, com suas regulamentações genéricas para todos os setores sociais, começou a se transformar para enfrentar os novos desafios. Surgiram órgãos e entidades dotadas de independências frente ao aparelho central do Estado, com especialização técnica e autonomia normativa, capazes de direcionar as novas atividades sociais na senda do interesse público juridicamente definido”. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**, RTDP, vol. 36, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 88/113. As Agências Reguladoras Independentes surgem, assim, com o objetivo declarado de diminuir os entraves burocráticos da atuação estatal em setores estratégicos da economia, de forma a dotar o Estado de órgãos que apresentassem maior agilidade, capacitação técnica, permeabilidade à sociedade, processualidade e, em especial, independência. Para mais, ver MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 59-67.

feição um pouco diferente, porque deixa de ser interna ao Poder Público, meramente contratual, e passa a ser exercida de maneira separada, de maneira, muitas vezes, alocada num órgão específico para exercer (...)”³⁶¹.

Com isso, a normatização setorial específica e a presença de um agente regulador externo ao contrato possibilitam a regulação mais equânime e tecnicamente adequada dos serviços, impedindo a adoção de soluções unilaterais pelo Poder Concedente que eventualmente não encontrem justificativa ou razoabilidade à luz das normas setoriais e das cláusulas contratuais. O efeito prático é o distanciamento da atividade de regulação dos serviços públicos de uma direção puramente política, aproximando-a de uma direção mais técnica, com a consequente atenuação dos riscos políticos atrelados a estas espécies de contratos (este tema será melhor abordado à frente, quando cuidaremos da manifestação da *contratualidade* na atividade de regulação estatal – tópico 3.7.2.1.).

Em resumo, devido à impossibilidade de tentar produzir uma solução única para todas (e diferentes) espécies de concessões, como se fosse possível definir-se um conceito *único* e *padronizado* do instituto, aplicável a todas as manifestações concessórias presentes – ou não – nos regramentos jurídicos cada vez mais especializados, fica claro que o instituto da *concessão* não pode ficar reduzido a uma “*figura de perfil único*”. Apesar da tendência da doutrina nacional de buscar a simplificação e categorização dos institutos em grandes blocos, a complexidade e a diversidade do mundo real conduzem à necessidade de explorar todas as potencialidade do instituto da concessão, para reconhecê-la como meio juridicamente capaz de amoldar-se às circunstâncias e necessidades dos casos concretos e assim permitir o desempenho satisfatório das tarefas públicas com a participação colaborativa dos agentes privados³⁶².

Em termos de regime jurídico, a consequência direta desta nova orientação é o reconhecimento da impossibilidade de sustentar-se uma concepção teórica que pretenda considerar a aplicação de um único conjunto de regras padronizado para abarcar todas as

³⁶¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões de serviços públicos**. Boletim de Direito Administrativo – BDA, Editora NDJ, n° 6, ano XXII, junho 2006, p. 645-654.

³⁶² Para um estudo aprofundado do instituto da concessão e de suas inúmeras configurações e utilidades, ver MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A concessão como instituto do Direito Administrativo**. Tese apresentada ao concurso para provimento de cargo de professor titular. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

modalidades de concessão de serviços ou outras utilidades públicas³⁶³. Ainda que os princípios gerais possam ser coincidentes (no Brasil, p. ex., a Lei nº 8.987/95 é considerada a Lei Geral das Concessões), a pluralidade de formas reclama também uma pluralidade de regimes jurídicos para cada modalidade de concessão, fenômeno que força o reconhecimento da transformação da figura simplificadora do tradicional *contrato de concessão* em um modo contratual dinâmico, marcado pela maior importância atribuída às regras negociais do que às chamadas “cláusulas regulamentares” ou “cláusulas de serviço”, conforme predizia o seu tratamento clássico nas obras dos teóricos franceses do início do século XX³⁶⁴.

Conforme relembra Vera Cristina Caspari MONTEIRO³⁶⁵, o regime tradicional da concessão de serviço público positivado no Brasil deriva da clássica teoria do contrato administrativo que reconhece ao Estado titular do serviço público ou do bem público concedido o poder de dispor livremente sobre as condições de prestação ou utilização, bem como de modificação das condições do ajuste sempre que o interesse público assim o demandar (prerrogativas públicas inerentes ao interesse público subjacente ao contrato de concessão). Nesse sentido, a autora cita a doutrina de Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO para ressaltar a existência, também por aqui, das chamadas *cláusulas regulamentares*, tão destacadas pela doutrina francesa:

“Em suma: o Estado dispõe, com plena liberdade e do modo que entender mais conveniente para o interesse público, sobre a **parte regulamentar do serviço** e está peado no que concerne ao elemento verdadeiramente contratual da concessão, que é o equilíbrio econômico-financeiro. **Faz parte do aspecto**

³⁶³ Confirma-se, nesse sentido, a lição de Floriano de Azevedo MARQUES NETO: “São várias as modalidades de concessão previstas no direito positivo e tendo objeto distinto dos tais serviços públicos em sentido restritíssimo, cada qual sujeita a um regime jurídico próprio. (...) Dada a diversidade de objetos passíveis de serem concedidos, já se põe inviável imaginar um regime único e completo, aplicável a todas as espécies. Certo é que, tratando-se de um mesmo instituto, há traços comuns que servem para configurá-lo enquanto tal. Mas não se pode, por exemplo, adotar como necessário (ou único) o critério de remuneração ou a divisão de riscos própria à delegação de serviços públicos em sentido restritíssimo. E tanto assim é que o direito positivo contém várias leis disciplinando regimes específicos de concessão, os quais, embora tendo eixo comum os elementos configuradores do instituto, amoldam-no às especificidades da utilidade pública cuja implantação ou cuja oferta é delegada aos particulares. (...) E exatamente por essa pluralidade de objetos é que não parece fazer sentido nem a preconização de um único regime para todas as possíveis concessões, nem, muito menos, o critério de identificação da concessão com base na verificação dos caracteres de uma dada sua espécie”. **A concessão como instituto do Direito Administrativo**. Tese apresentada ao concurso para provimento de cargo de professor titular. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 225-227.

³⁶⁴ Por todos, ver LAUBARDÈRE, André de; MODERNE, Frank e DEVOLVÈ Pierre. **Traité des Contrats Administratifs**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983, p. 44 e 100.

³⁶⁵ MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. **A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei nº 11.079/2004**. Tese de Doutorado: Universidade de São Paulo, 2009, p. 44.

regulamentar tudo o que diz com o modelo de prestação do serviço e fruição dele pelos usuários. Em consequência, integram-no as disposições relativas à *organização*, ao *funcionamento* do serviço, ao *prazo* da concessão e às *tarifas* que serão cobradas; **esta é a parte mutável na concessão por ato exclusivo do Estado.** (...) O aspecto contratual da concessão é a equação econômico-financeira concertada. Daí ser imutável unilateralmente”³⁶⁶.

Porém, diferentemente de seu modelo formatado há um século, a nova configuração da *concessão* é marcada por uma progressiva abertura à maior permeabilidade ao *consenso* e aos *vínculos negociais*, em detrimento da noção rígida de “cláusulas regulamentares” que, apesar de definidas como “cláusulas”, são essencialmente destituídas de qualquer sentido consensual. Nesta direção, ao tratar especificamente sobre os módulos convencionais de concessão, Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA aponta a tendência de superação de um *modelo rígido* de prerrogativas do Poder Concedente, para um modelo mais *flexível* e adaptado às circunstâncias e necessidades de cada caso concreto:

“(...) no caso dos módulos convencionais de concessão, verifica-se uma tendência, em termos de política legislativa – ou também em termos de formulação teórica que a pretenda influenciar – de que **o regime legal do contrato passe a acolher uma maior flexibilidade na definição, pelas partes, das prerrogativas da Administração a incidir em cada caso**, diferentemente do modelo mais tradicional de concessão de serviço público (...)”³⁶⁷.

Significa dizer: enquanto na visão clássica os contratos de concessão incorporam em seu conteúdo cláusulas que refletem as normas constitutivas do *regulamento* da concessão, cuja natureza é claramente de ato objetivo legal ou regulamentar (não convencional ou consensual), restando pouca ou quase nenhuma margem efetivamente negocial para a constituição de direitos e obrigações entre as partes – reduzida à discussão das cláusulas econômico-financeiras ligadas à remuneração do particular –, as novas configurações do instituto da concessão tendem a abrir espaço ao diálogo e à negociação das condições do instrumento de delegação desde o momento anterior à celebração do próprio ajuste³⁶⁸, e também durante a sua execução³⁶⁹, com

³⁶⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 692.

³⁶⁷ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro**. São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 358.

³⁶⁸ Exemplos disso são os instrumentos de participação da sociedade civil nas concessões ainda na fase pré-contratual, como a consulta e audiência públicas; e também as recentes formas de participação na fase de formatação da modelagem das contratações: os chamados Procedimentos de Manifestação de Interesse.

uma aparente atenuação da unilateralidade e da exorbitância próprias da teoria clássica dos contratos administrativos.

A pluralidade de formas e regimes que o instituto da concessão assume entre nós constitui, sem dúvida, a face mais aparente da expansão da *contratualidade* no campo do provimento dos serviços públicos e demais utilidades públicas passíveis de delegação, capaz de permitir uma maior abertura às inovações do tratamento e do relacionamento entre o Poder Concedente e o Concessionário, seja no campo das alternativas para remuneração do particular e amortização dos investimentos realizados nestas espécies de contratos (cláusulas econômicas), seja em termos de fixação das condições de prestação dos serviços e atribuição de direitos e obrigações às partes contratantes (cláusulas regulamentares).

Na medida em que os contratos de concessão, em geral, pressupõem ajustes complexos, de longa duração, envolvendo relevantes investimentos e conhecimentos específicos pelo particular, e vinculados a modelos de financiamento com elevado componente de risco, nada mais natural do que permitir uma atuação mais próxima do particular desde a fase de definição do objeto a ser executado e das alternativas de financiamento que tornem o negócio viável, até a divisão de riscos que deverá orientar o equilíbrio entre encargos assumidos e remuneração devida ao longo do contrato, com a consequente atenuação da unilateralidade e autoridade típicas das concessões de serviços públicos da era moderna.

A redução da imperatividade pode ser notada até mesmo na atual Lei Geral das Concessões (Lei nº 8.987/95), quando, p. ex., em seu Art. 38, §3º, condiciona a abertura do processo administrativo de apuração de inadimplência prévio à declaração de caducidade à comunicação dos descumprimentos contratuais à concessionária, dando-lhe um prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas; ou quando condiciona a encampação à prévia

³⁶⁹ Tais como a revisão periódica das condições da concessão; a repartição de riscos nas concessões (ver, sobre este tema, o irretocável trabalho de Marcos Augusto PEREZ. **O risco no contrato de concessão de serviços públicos**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005); o compartilhamento de ganhos econômicos; a remuneração variável; a mediação e a arbitragem. Outro exemplo é oferecido na obra de ARAGÃO: “*É sob esta perspectiva que, por exemplo, nada impede, ao revés, pode até aconselhar, de acordo com o juízo de conveniência e oportunidade do poder concedente, que, ao invés de impor coercitivamente a realização de investimentos com os quais a concessionária se havia comprometido no contrato de concessão, adote, em consenso com a concessionária, um novo plano de investimentos, mais adequado à realidade atual*”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A Consensualidade no Direito Administrativo: Acordos Regulatórios e Contratos Administrativos**. Boletim de Licitações e Contratos (BLC), set. 2006, a. XIX, n. 9, pp. 827-840.

autorização legislativa (Art. 37). Ainda sobre o estatuto geral das Concessões, há entre nós quem defenda – não sem um profundo embasamento teórico –, uma interpretação mais equilibrada do Art. 2º, II da Lei nº 8.987/95 sobre o verdadeiro sentido da expressão “por sua conta e risco”, atribuindo-lhe o sentido renovado segundo o qual, na verdade, a Lei “*não transfere normativamente todos os riscos da concessão ao concessionário, mas tão somente aqueles que o negócio (o contrato), em função de suas condicionantes econômico-financeiras, estabelecer*”³⁷⁰.

Ora, tal interpretação nada mais faz do que afirmar a importância das cláusulas contratuais para a formatação dos direitos e obrigações assumidos pelas partes no âmbito do contrato de concessão, atribuindo maior força às normas convencionais do que à interpretação redutora da consensualidade ainda prevalecente. É com esse mesmo sentido, aliás, que Vera MONTEIRO defende a possibilidade de aplicação “emprestada” dos dispositivos inovadores da Lei de PPP (Lei n. 11.079/04) no âmbito das concessões comuns³⁷¹, mormente porque a própria Lei Geral de Concessões (Lei nº 8.987/95) já carrega consigo o espírito de *parceria* – que viria a ser consagrado anos depois com a Lei de PPPs. Como salienta Carlos Ari SUNDFELD ao comentar a referida Lei Federal:

“Trata-se, inegavelmente, de uma lei de parceria, em sentido amplo. E isso não só por disciplinar um arranjo clássico que faz sentido lógico chamar de ‘parceria’ como, também – e especialmente –, por haver sido concebida sob o impacto das ideias e soluções que internacionalmente foram associadas à expressão ‘PPP’. Mas não é só. A farta legislação setorial, em áreas vitais como telecomunicações, energia, petróleo e gás, portos, ferrovias, etc., que foi surgindo depois que a Lei de Portos (n. 8.630/1993) iniciou a tendência, também está totalmente embebida dessas ideias e soluções”³⁷².

Desse modo, longe de se resumirem a simples opções de política, as cláusulas contratuais no âmbito das concessões devem traduzir o espírito de colaboração dos agentes (públicos e privados) com o sentido de conjugação de esforços para o atingimento de um resultado de interesse comum: a prestação eficiente e satisfatória do serviço ou da utilidade pública aos usuários, na maior expressão do espírito de *parceria* que marca a transição do

³⁷⁰ PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviços públicos**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005, p. 143.

³⁷¹ MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. **A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei nº 11.079/2004**. Tese de Doutorado: Universidade de São Paulo, 2009, p. 188.

³⁷² SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias Público-Privadas**. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 19.

Estado autoritário e impositivo para o Estado consensual aqui ressaltado³⁷³. Apesar de os contratos de concessão ainda constituírem uma das espécies de contratos administrativos mais sujeita ao uso de prerrogativas públicas – devido à necessidade de satisfação dos sempre cambiantes interesses públicos –, não há como deixar de reconhecer, a partir das novas configurações do instituto aqui estudadas, a maior abertura destes ajustes ao consenso, à bilateralidade e à multiplicidade de regimes jurídicos, características novas que transformam as clássicas concessões em instrumentos contemporâneos de delegação de atividades de relevância pública aos particulares, melhor adaptados aos desafios impostos pela complexidade e dinamicidade da sociedade atual.

A completa compreensão das transformações do instituto da concessão, contudo, só podem ser melhor evidenciadas, a nosso ver, a partir da análise de duas novas modalidades surgidas com o propósito declarado de oferecer respostas mais incisivas e claras em relação às mudanças acima anunciadas: as concessões patrocinada e administrativa trazidas pela Lei nº 11.079/04, denominadas em nosso ordenamento de Parcerias Público-Privadas (PPPs), as quais representam, para alguns, verdadeira atualização do regime jurídico das concessões no Direito brasileiro³⁷⁴. O estudo dessas novas modalidades concessórias servirá para demonstrar, complementarmente ao que até aqui foi dito, como a maior abertura ao consenso e à produção contratual das regras da concessão é capaz de subverter a lógica imperativa e unilateral do instituto até então predominante entre nós.

3.1.2. Parcerias Público-Privadas

Todas as notas feitas no tópico precedente servem de pano de fundo para o que se vai analisar neste momento. Isto porque boa parte das tendências percebidas com timidez nas concessões “comuns” de serviços públicos e nas concessões ditas de “nova geração” acima

³⁷³ Este caráter de parceria nas concessões é enfatizado na obra de Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA: *“Sem que se perca o sentido de inerência ao Estado do objeto contratual, em muitos casos de concessão, a Administração busca na outra parte contratual uma atuação com sentido reforçado de parceria. Ainda que a ideia de parceria, em um sentido amplo, possa mais remeter ao grupo que se intitulou módulos convencionais de cooperação, dada a conjugação de esforços para a consecução de fim comum, até mesmo o legislador (não apenas no Brasil) tem se valido desta expressão para reforçar a dimensão de parceria em certos casos de concessão”*. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro**. São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 358.

³⁷⁴ Nesse sentido, ver: MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. **A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei nº 11.079/2004**. Tese de Doutorado: Universidade de São Paulo, 2009, p. 186.

tratadas, como resultado da mudança da forma de atuar do Estado contemporâneo, foram em certa medida contempladas e positivadas no estatuto das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/04), de modo complementar e atualizado em relação a tudo o que existia até então em termos de normatização das concessões no Brasil. Tanto é assim que, justamente por reconhecer na Lei de PPPs uma atualização importante das contratações públicas, não falta quem afirme até mesmo a permeabilidade entre as suas regras e as demais espécies de contratos de administrativos que cumpram a mesma função³⁷⁵.

Consoante relato de SUNDFELD, o tema das Parcerias Público-Privadas “*surgiu com o programa de Reforma do Estado desenvolvido no Brasil a partir do início da década de 90*”, e teve seu ápice “*com a privatização de grandes empresas federais, a flexibilização de monopólios de serviços públicos e o estímulo ao Terceiro Setor*”³⁷⁶. Ao analisar o momento histórico da incursão das PPPs no Brasil, COUTINHO nota a semelhança de nossa trajetória de reforma do Estado em comparação com o Reino Unido nas décadas de 80 e 90:

“O contexto mais amplo no qual florescem as PPPs é dado pela transformação dos governos e pelas cambiantes relações entre o Estado e o setor privado (...). No Reino Unido, (...) adotadas em paralelo às privatizações e terceirizações e em meio à hegemonia do paradigma do *new public management*, as PPPs são produto da ideologia, retórica e da prática segundo a qual o Governo, em

³⁷⁵ Para Vera MONTEIRO: “(...) ao tratar das espécies de concessão patrocinada e administrativa, a Lei nº 11.079/04 positivou novos mecanismos que podem ser aplicados a outras espécies de concessão, haja vista a função comum presente no gênero ‘concessão’. É possível. Portanto, que as regras da referida lei sejam associadas a quaisquer outros contratos administrativos que cumpram a mesma função (de viabilizar investimentos privados na disponibilização de bens e serviços à sociedade), seja qual for a sua específica lei de regência. (...) Trata-se do reconhecimento de verdadeira permeabilidade entre as espécies de concessão a partir do pressuposto de que são instrumentos que desempenham a mesma função”. MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. **A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei nº 11.079/2004**. Tese de Doutorado: Universidade de São Paulo, 2009, p. 187-188. No mesmo sentido, Mario Engler PINTO JUNIOR afirma que: “(...) muitas disposições da Lei das PPPs são perfeitamente compatíveis com a concessão comum e não haveria nenhuma razão lógica para afastar a sua aplicação. A título ilustrativo, pode-se citar as normas relativas ao contrato de parceria público-privada previstas no art. 5º, quais sejam: (i) penalidades aplicáveis às partes público e privada; (ii) repartição de riscos; (iii) formas de remuneração variável; (iv) mecanismos para preservação da atualidade da prestação dos serviços; (v) critérios objetivos de avaliação de desempenho do concessionário; (vi) compartilhamento de ganhos econômicos do parceiro privado pela redução do risco de crédito; (viii) transferência do controle acionário da sociedade de propósito específico para os financiadores do projeto (*step in rights*) e legitimidade para recebimento direto de indenizações pela extinção antecipada da concessão. O mesmo se diga em relação à prestação de garantia prevista no art. 8º, para obrigações de conteúdo econômico assumidas pela parte pública, ainda que não sob a forma de complementação tarifária”. **Parceria Público-Privada. Antigas e novas modalidades contratuais**. In: Revista de Direito Público da Economia, vol. 13, Belo Horizonte, Fórum, jan-mar 2006, pp. 175-198.

³⁷⁶ SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias Público-Privadas**. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 16.

todos os níveis, passou a ver no setor privado um parceiro imprescindível e a ser atraído”³⁷⁷.

Em meio a este cenário, a Lei das PPPs (Lei Federal nº 11.079/04) foi introduzida, entre nós, basicamente com três grandes propósitos principais: (i) sacramentar a possibilidade de realização de pagamentos de subsídios pela Administração Pública aos concessionários de serviços públicos (o que, apesar de já estar previsto no Art. 17 da Lei nº 8.987/95, era visto como hipótese excepcional e dependente de lei); (ii) viabilizar o oferecimento de garantia do adimplemento da obrigação pecuniária assumida pelo Poder Concedente nessas novas modalidades; e (iii) ampliar o leque de serviços sujeitos à concessão à iniciativa privada, permitindo a aplicação da lógica contratual da concessão para outros objetos, inclusive serviços administrativos em geral (concessão administrativa).

Para atingir tais desideratos, a nova lei criou duas novas modalidades de concessão no ordenamento jurídico brasileiro: a concessão patrocinada, descrita pelo §1º do Art. 2º como “*a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado*”; e a concessão administrativa, definida como “*o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou de fornecimento e instalação de bens*” (Art. 2º, §2º), sem eliminar, por certo, a concessão “comum” regida pela Lei nº 8.987/95 (Art. 2º, §3º).

Em termos de regime jurídico, a Lei representou a criação de um novo estatuto para disciplinar, especificamente, estas duas novas modalidades de concessão, tratando de

³⁷⁷ COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Parcerias Público-Privadas: Relatos de algumas experiências internacionais**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias Público-Privadas**. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 50. No mesmo sentido, ver Mauricio Portugal RIBEIRO e Lucas Navarro PRADO: “*O processo de desestatização brasileiro foi, certamente, um dos mais amplos havidos nos últimos 20 anos, podendo possivelmente ser comparado ao que ocorreu na Inglaterra na era Thatcher. Privatizou-se ou foram celebradas outras formas de relação de longo prazo entre Poder Público e iniciativa privada (concessões, permissões, autorizações etc) em setores como o petróleo, gás, água e saneamento, transportes etc. A despeito dos embates ideológicos sobre as desestatizações e da adoção recente, por governos e governantes com origem em movimentos de esquerda, das parcerias público-privadas (PPPs) como instrumento para cooperação da iniciativa privada na realização de investimentos de interesse público, é forçoso admitir que as PPPs, nos seus diversos desenhos, sofisticam e aperfeiçoam os processos de desestatização, em busca de estender o alcance das externalidades positivas que tais processos podem gerar, quando adequadamente implementados*”. **Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos**, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 16.

incorporar ao arcabouço já conhecido das concessões inúmeras inovações e aperfeiçoamentos inspirados tanto no Direito Comparado (especialmente nos modelos de PFI - *Private Finance Initiative* britânicos), quanto da experiência nacional acumulada no âmbito dos serviços públicos regulados (Agências Reguladoras Independentes)³⁷⁸.

Para os fins aqui visados, é relevante destacar, em breves linhas, as principais inovações trazidas pelo regime jurídico próprio da Lei de PPPs que representam uma significativa redução da imperatividade e da unilateralidade típicas dos contratos administrativos clássicos (o que pode ser percebido em diversos momentos da Lei n° 11.079/04). Assim ocorre, por exemplo, quando a Lei de PPPs expressamente estabelece, como diretriz na contratação das Parcerias Público-Privadas, o dever de observar a transparência dos procedimentos e das decisões (art. 4°, inc. V) e a obrigatoriedade do contrato prever as penalidades aplicáveis à Administração Pública em caso de inadimplemento de suas obrigações contratuais, bem como os fatos que a caracterizam e as garantias a serem dadas ao parceiro privado (art. 5°, incs II e VI).

Porém, quatro notas características do regime jurídico das PPPs apresentam-se, a nosso ver, como as mais relevantes em termos de evolução do instituto das concessões no Brasil, capazes de expressar de maneira mais evidente o espírito de colaboração entre a Administração e o particular, e dando razão ao vocábulo “parceria”. São elas: (a) a possibilidade de alocações de riscos mais adequadas ao princípio da eficiência (Art. 5°, III)³⁷⁹; (b) o compartilhamento de ganhos entre o setor público e o setor privado (Art. 5°, IX); (c) a possibilidade de prestação de garantias pelo Poder Público em favor do Parceiro Privado (Art. 8°); e (d) a possibilidade de aplicação de penalidades à Administração Pública pelo descumprimento de obrigações contratuais assumidas, já citada (Art. 5°, II e VI).

³⁷⁸ Cf. RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos**, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 47.

³⁷⁹ Sobre o tema, Fernando Vernalha GUIMARÃES traz didática síntese, ao expor que “[d]iz-se que um contrato será eficiente quando cada parte arcar com os riscos que melhor condição tem de administrar. Busca-se atribuir os riscos, de acordo com a sua natureza, à parte apta a, a custos mais baixos, reduzir as chances de que os prejuízos subjacentes venham a se materializar, ou, não sendo isso possível, mitigar os prejuízos resultantes. Trata-se de associar certos riscos à parte que detém maior controle sobre sua gestão ou sobre as consequências de sua materialização”. **PPP – Parceria público-privada**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 296.

Todo esse conjunto de inovações nos leva a concordar com Floriano de Azevedo MARQUES NETO quando ele observa o que realmente está por trás da nova lei de PPPs: “*uma mudança de paradigma no tratamento dos contratos administrativos*”, especialmente nos seguintes aspectos: (i) *autonomia da vontade: pois o novo regime conferiu “uma maior margem de liberdade para, em relação a cada objeto específico de parceria, ajustar o plexo de direitos e obrigações mais condizente com o interesse público (traduzido em maior eficiência e economicidade)”*; e (ii) *contrato como fonte de obrigações*: na medida em que, segundo o autor, é preciso “*reconhecer que o contrato de PPP poderá imputar à Administração obrigações que tradicionalmente não lhe são atribuídas no contrato administrativo, nem vem expressamente previstas na Lei Geral de Contratos (Lei nº 8.666/93)*”³⁸⁰.

A verdade é que a regulamentação das Parcerias Público-Privadas no Direito brasileiro trouxe como marca principal a incidência de um regime jurídico mais equilibrado entre as partes contratantes, em nítida *atenuação* da exorbitância própria dos contratos administrativos típicos (e também dos clássicos contratos de concessão de serviços públicos), a partir do reconhecimento de uma convergência de interesses e de objetivos manifestada sob o signo da *parceria*³⁸¹. Inegavelmente, a Lei de PPPs promoveu uma reflexão e uma reformulação importante acerca da teoria clássica do contrato administrativo, incluindo em seu corpo algumas das tendências mais atuais em matéria de contratações do Estado, e transferindo maior importância para as normas criadas a partir do acordo de vontades estabelecido entre as partes ao invés de sua imposição unilateral e autoritária pelo Poder Público. Trata-se, portanto, de uma expressão da *contratualidade administrativa* nos termos aqui aludidos, na medida em que possibilita a superação das “*fronteiras rígidas*” do Direito Administrativo oitocentista, para a incorporação de uma “*lógica da cooperação*” própria do “*novo Direito administrativo brasileiro*”, segundo a feliz expressão de Egon Bockmann MOREIRA:

³⁸⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Reajuste e revisão nas parcerias público-privadas: revisitando o risco nos contratos de delegação**. In: SOUZA, Mariana Campos de (org.). **Parcerias Público-Privada: aspectos jurídicos relevantes**, São Paulo, Quartier Latin, 2008, pp. 53-85.

³⁸¹ Como afirma Vera MONTEIRO: “*Ao positivar uma série de mecanismos pré-contratuais e contratuais que garantem um ambiente de maior colaboração nas relações entre o poder concedente e os concessionários, tal lei deve ser entendida de modo mais amplo, como verdadeira atualização do modelo concessório no Brasil, não só porque incorpora novos vetores que conduzem a uma **revisão da teoria clássica contratual**, mas porque complementa a legislação sobre a concessão, confirmando que o gênero ‘concessão’ não se confunde com suas espécies*”. **A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei nº 11.079/2004**. Tese de Doutorado: Universidade de São Paulo, 2009, p. 206.

“não nos parece proveitoso simplesmente afirmar que as PPPs configuram ‘só mais uma concessão de serviços públicos’, ou uma ‘concessão com certos traços distintivos’. Esta é uma visão acanhada do tema frente ao novo direito administrativo brasileiro. A positivação de um gênero específico de licitações e contratações públicas administrativas deve trazer consigo não só a reflexão sobre alguns conceitos tradicionais (normativos ou doutrinários), mas também a necessidade de ser construída uma compreensão a ele adequada. Em suma: a legislação das PPPs não é apenas uma cunha normativa inserida nas Leis 8.666/1993 e 8.987/1995. (...) O que mais ressalta é justamente o papel desempenhado pelos parceiros um em face do outro – visando ao atingimento de objetivos que, simultaneamente, beneficiem o interesse público e o privado. Ambos os contratantes submetem-se a um regime diferenciado, porque ele caracteriza a alternativa exata para o atingimento do interesse público posto em jogo. (...) Por isso é comum na doutrina a referência às PPPs como um instrumento para a sucessão de uma ‘lógica da substituição’ (exclusão setorial entre o público e o privado, com fronteiras rígidas, relações de subordinação e antagonismos) por uma ‘lógica da cooperação’ (coabitação dos setores público e privado, com fronteiras difusas, relações de coordenação e mistura de propósitos)”³⁸².

A partir das PPPs, portanto, ficou mais evidente o sentido das leis editadas posteriormente à Reforma do Estado, estruturadas em torno da compreensão do agente privado (contratado) como um sujeito ativo da complexa tarefa de prestação de serviços públicos e sociais, que devem atuar ao lado da Administração desde a modelagem da melhor forma de execução do objeto contratual até a sua completa execução. Ao conferir maior autonomia à definição das regras contratuais, inclusive em termos de responsabilidades, riscos e do próprio objeto (posto que o projeto pode ser desenvolvido pelos próprios interessados no contrato – o que, é verdade, já era possível na Lei nº 8.987/95, Art. 21), o regime jurídico das Parcerias Público-Privadas no Brasil denota o reconhecimento da efetiva participação dos privados na construção da decisão administrativa.

É claro que esta nova forma de relacionamento contratual público-privada – mais participativa e dinâmica – agrega um componente de complexidade e de dificuldade na definição das “regras do jogo”, posto que entre os agentes envolvidos na realização do objeto do Contrato de parceria haverá uma necessária etapa de diálogos e negociações acerca do conteúdo do ajuste³⁸³. Por outro lado, a ampliação da negociação e a maior importância

³⁸² MOREIRA, Egon Bockmann. **A experiência das licitações para obras de infra-estrutura e a nova lei de Parcerias Público-Privadas**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2007, p.112.

³⁸³ Sobre esta preocupação, confira-se a lição de Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA: “*Subjacentes a essa nova modalidade contratual estão noções como (i) alta complexidade do objeto, execução e acompanhamento do*

conferida às normas contratuais do que aos regulamentos padronizados das concessões acarreta, como consequência, uma relevante atenuação das cláusulas exorbitantes nessas espécies de ajustes, na medida em que a própria lei dá preferência a um regime mais flexível, que comporta variações e adaptações a serem elaboradas nos contratos a partir das peculiaridades do caso concreto.

Ora, considerando que o tom dado pela Lei de PPPs é, nitidamente, o de ampliar das bases da negociação das cláusulas contratuais através da obtenção do consenso entre os parceiros (público e privado), forçoso reconhecer que, “*diversamente dos contratos disciplinados pelas Leis federais 8.666/1993 e 8.987/1995, as comumente denominadas cláusulas exorbitantes não estariam, a princípio, presentes de modo tão abundante nas PPPs*”³⁸⁴. Ademais, como muito bem observa Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA:

“Num caso como estes, de figuras de concessão em que o concessionário atue assim mais proximamente da Administração concedente, participando tecnicamente da definição do projeto a ser executado, trazendo para o contrato o modelo de financiamento que tornará viável o negócio, partilhando ganhos econômicos e riscos decorrentes da atividade contratual, é natural que se mitiguem as prerrogativas de ação unilateral”³⁸⁵.

ajuste; (ii) elevado nível de riscos a serem enfrentados pelos parceiros, em função do montante dos recursos financeiros envolvidos, das incertezas sobre os custos de construção e de operação e das dívidas atinentes aos rendimentos a serem alcançados; (iii) estabelecimento de garantias especiais conferidas pelo parceiro público ao parceiro privado, destinadas a assegurar o cumprimento das obrigações assumidas pela Administração; e (iv) dificuldade em se atingir – em sede contratual – a ótima regulamentação dos interesses em jogo, quais seja, os do parceiro público, do parceiro privado e da coletividade em geral”. **A arbitragem e as Parcerias Público-Privadas**. Revista Trimestral de Direito Público nº 48/2004, São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pp. 210-232, p. 213.

³⁸⁴ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **A arbitragem e as Parcerias Público-Privadas**. Revista Trimestral de Direito Público nº 48/2004, São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 213. Segundo a reflexão do autor: “... na PPP, parceiro público e parceiro privado simultaneamente ocuparão a posição de credor e de devedor, cujos direitos e obrigações se submetem (tendencialmente) a um regime de dependência recíproca, em que a obrigação de um corresponde ao direito do outro, e vice-versa. Portanto, na PPP é possível defender que haverá uma forte correlação entre os direitos e as obrigações do parceiro público e do parceiro privado, diferentemente do que acontece nos contratos administrativos tradicionais, em que a relação jurídica instaurada é de caráter verticalizado, em função da disciplina normativa que os rege” (p.214).

³⁸⁵ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro**. São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 359. Igual posicionamento pode ser extraído da obra de Floriano de Azevedo MARQUES NETO, que, em nota, salienta: “...marcando as peculiaridades dos contratos de concessão que importam parcerias público-privadas afirma que ‘subjaz à ideia de parceria que ambos os parceiros concorram para o arranjo mais apto a consagrar o interesse de ambos’ o que implica imutabilidade do ‘objeto (entendido como resultado, utilidade final) alvitrado pelo poder público’; e o modo de se alcançar o resultado há de se estabelecer não de modo unilateral, mas envolvendo-se o concessionário. Diz ainda: ‘A posição de prevalência, de autoridade, conferida à Administração no regime geral dos contratos administrativos não desaparece no

É precisamente nesta medida – de substituição da atuação unilateral pelo consenso, ou, como se preferir, do ato unilateral pelo contrato – que as PPPs encaixam-se no conceito aqui trabalhado de *contratualização administrativa*, caracterizada por uma série de traços identificados nestas modalidades novas de concessão, tais como: (i) o privilégio do diálogo entre o parceiro público e o privado; (ii) a maior margem de negociação das condições sobre as quais o contrato se desenvolverá, tanto na fase prévia à formação do pacto quanto durante a sua execução; (iii) a transparência no processo de tomada de decisão administrativa (que deve ser melhor motivada em vista da colaboração dos parceiros privados); (iv) a maior abertura à divisão de riscos e responsabilidades mais equilibradas nos acordos visando à formação de uma contratação mais justa para as partes; e, por fim, (v) a evidente redução da unilateralidade na imposição de cláusulas e condições contratuais por parte do Poder Público, particularidade que distancia, ao menos neste quesito, estes novos arranjos de parceria dos clássicos contratos administrativos tratados na primeira parte desta Dissertação³⁸⁶.

Além de tudo, cabe ainda observar que a lógica das PPPs refletida na legislação federal supracitada resulta em mais uma consequência importante no sentido da atenuação da exorbitância do contrato administrativo. Trata-se do novo direcionamento que é dado ao sistema de fiscalização e controle da Administração nestas espécies de pactos. Isto porque, embora não se encontre tal diretriz em uma disposição legal específica, a conclusão se extrai dos próprios elementos conformadores das PPPs, especialmente diante da maior importância que é dada ao resultado do que aos meios (burocráticos) para atingi-lo, o que fica claro, p. ex., com a previsão de mecanismos de remuneração para estímulo à prestação do serviço adequado ou para incentivar a disponibilização deste de modo mais célere (deixando ao particular a responsabilidade pela elaboração do projeto básico); ou, então, quando a lei prevê a possibilidade de uma alocação mais eficiente dos riscos contratuais entre as partes.

regime das PPP, mas sofre mitigação”. **Reajuste e revisão nas parcerias público-privadas: revisitando o risco nos contratos de delegação**. In: SOUZA, Mariana Campos de (org.). **Parcerias Público-Privadas: aspectos jurídicos relevantes**, São Paulo, Quartier Latin, 2008, p. 68-69.

³⁸⁶ Nesse sentido, Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA assim conclui a respeito das PPPs: “*Está-se diante de uma nova figura a ser empregada pelo setor público no campo negocial, a qual visa instituir e formalizar uma relação jurídica entre a Administração Pública e os particulares em bases normativas entre a Administração Pública e os particulares em bases normativas diversas daquelas representadas pelas disposições inseridas nas Leis Federais 8.666/93 e 8.987/95*”. **Contrato de Gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 281.

Esta nova concepção sobre o regime contratual, fortemente presente na Lei de PPPs, traz como consequência alterações sensíveis no exercício das prerrogativas da Administração no que diz respeito à fiscalização e controle da execução do contrato, que podem agora ser concretizados por outro viés, sem que isso signifique mitigar ou abdicar do rigor que deve haver em relação à garantia da correta consecução do objeto. Trata-se de opção legislativa de privilegiar o controle por meio de instrumentos de estímulo e coibição, ao invés de uma fiscalização usual, amparada em análises de documentos e na requisição reiterada e excessiva de informações da contratada. A legislação de PPP, portanto, também aqui, procurou afastar-se dos instrumentos tradicionais de controle aplicados aos contratos administrativos clássicos.

3.1.3. Contratos de Gestão com Organizações Sociais

Ainda no campo dos serviços públicos (não exclusivos do Estado), é possível referir-se ao *contrato de gestão* disciplinado pela Lei Federal nº 9.637/98 como manifestação da contratualidade administrativa. De acordo com a definição do art. 5º da referida lei, o *contrato de gestão* consiste no “*instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º*”, que são: ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

Embora o texto da Lei considere estas espécies de ajustes como instrumento de fomento e, portanto, meio de incentivo à iniciativa privada em atividades de interesse público (e não, propriamente, como forma de descentralização), Maria Sylvia Zanella DI PIETRO bem salienta que “*a própria lei, em pelo menos um caso, está prevendo a prestação de serviço público pela organização social, hipótese em que ela exerce atividade delegada do poder público*”, e, consequentemente, “*estará sujeita a todas as normas constitucionais e legais que regem esse serviço*”³⁸⁷.

³⁸⁷ A autora observa que a inspiração para o projeto das organizações sociais, ao que tudo indica, teria sido os chamados Serviços Sociais Autônomos (SESI, SESC, SENAI e outros), em especial o Serviço Social Autônomo “Associação das Pioneiras Sociais”, que, por meio da Lei nº 8.246/91, substituiu a antiga Fundação das Pioneiras Sociais para o fim de prestar assistência médica qualificada e gratuita a todos os níveis da população e de desenvolver atividades educacionais e de pesquisa no campo da saúde, em cooperação com o Poder Público. Sem

Convém notar que o *contrato de gestão* ora tratado, regido pela Lei nº 9.637/98, não se confunde com os também denominados *contratos de gestão* que tem por objetivo promover a ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira de órgãos e entidades da Administração, estes previstos no §8º do Art. 37 da Constituição Federal – incluído pela Emenda Constitucional nº 19/98, e que serão tratados em tópico específico na presente Dissertação (contratualidade na desburocratização e na busca pela eficiência administrativa). Apesar da identidade de nomes e de ambos representarem manifestações da contratualidade administrativa aqui ressaltada, são figuras contratuais distintas que se prestam a finalidades não coincidentes.

Os contratos de gestão disciplinados pela Lei nº 9.637/98 são instrumentos para a criação de vínculos entre as Organizações Sociais (definidas pela lei como pessoas jurídicas de Direito privado, sem fins lucrativos, que devem habilitar-se perante a Administração Pública para obter esta qualificação³⁸⁸) e a Administração Pública, por meio do qual são estabelecidas

a intenção de abrir o debate em torno da legalidade ou constitucionalidade destas espécies de contratos com as Organizações Sociais, vale citar a opinião da autora a este respeito: “*Pela forma como a matéria está disciplinada na esfera federal, são inegáveis o conteúdo de imoralidade contido na lei, os riscos para o patrimônio público e para os direitos do cidadão. Em primeiro lugar, fica muito nítida a intenção do legislador de instituir um mecanismo de fugir ao regime jurídico de direito público a que se submete a Administração Pública. O fato de a organização social absorver atividade exercida por ente estatal e utilizar o patrimônio público e os servidores públicos antes a serviço desse mesmo ente, que resulta extinto, não deixa dúvidas de que, sob a roupagem de entidade privada, o real objetivo é o de mascarar uma situação que, sob todos os aspectos, estaria sujeita ao direito público*”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas**, 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 274.

³⁸⁸ Nos termos do Art. 2º da referida Lei nº 9.637/98, são requisitos específicos para que as entidades privadas habilitem-se à qualificação como organização social:

“I - comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:

- a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;
- b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;
- c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei;
- d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;
- e) composição e atribuições da diretoria;
- f) obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;
- g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;
- h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;
- i) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao

as atribuições, responsabilidades e obrigações de cada parte, com a especificação do programa de trabalho, as metas a serem atingidas, os prazos de execução e os critérios objetivos de avaliação de desempenho, mediante indicadores de qualidade e produtividade. Em contrapartida ao cumprimento das metas pela Organização Social, o Poder Público incentiva o particular por meio de destinação de recursos públicos, cessão de bens e pessoal, dispensa de licitação³⁸⁹, entre outras medidas de fomento.

Para o cumprimento de seus objetivos e metas, as Organizações Sociais passam a ter direito à dotação orçamentária ou outras formas de incentivo público à atividade ou serviço, gerindo os recursos e os bens recebidos com autonomia financeira e administrativa, desde que respeitadas as condições descritas na lei. O controle sobre as Organizações Sociais se exerce sobre o resultado da gestão, e é realizado pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade delegada ou fomentada, bem como através de seus conselhos de administração formados por integrantes da comunidade. Além disso, o órgão de deliberação superior da Organização Social deve ser constituído por representantes do Poder Público e de membros da comunidade do local onde a atividade será prestada.

Para os fins aqui visados, cabe ressaltar que os contratos de gestão com as Organizações Sociais foram inseridos no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado brasileiro³⁹⁰, lançado em 1995, no qual havia expressamente as razões justificadoras de sua criação: *“O Projeto das Organizações Sociais tem como objetivo permitir a descentralização de atividades no setor de prestação de serviços não exclusivos, nos quais o exercício do poder de Estado, a partir do pressuposto que esses serviços serão mais eficientemente realizados se, mantendo o financiamento do Estado, forem realizados pelo setor público não estatal”*. Trata-se, portanto, de medida voltada a privilegiar a colaboração da iniciativa privada – sem finalidade lucrativa – no desempenho mais satisfatório de atribuições públicas, mediante a

patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados;”

³⁸⁹ Vale lembrar que a Lei nº 9.648/98 alterou a Lei nº 8.666/93 para dispensar da licitação a “celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo para atividades contempladas no contrato de gestão” (Art. 24, XXIV).

³⁹⁰ Disponível em “<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>”. O Plano Diretor da Reforma do Estado foi elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado e aprovado pela Câmara da Reforma do Estado em reunião ocorrida em 21 de setembro de 1995. Em seguida, foi submetido e aprovado pelo Presidente da República.

transferência de atividades antes desempenhadas por órgãos públicos ou entidades da administração direta às entidades privadas qualificadas como Organizações Sociais.

Exatamente por isso, nota-se uma maior abertura ao consenso nestas espécies de contratos em relação à disciplina geral dos contratos Administrativos, principalmente em vista dos objetivos visados e do espírito de colaboração entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações Sociais. Ora, se os contratos de gestão são, na visão da melhor doutrina, *“acordos utilizados para viabilizar a concertação administrativa e tem por função principal instituir e disciplinar vínculos de colaboração entre o Estado e a sociedade civil”*³⁹¹, nada mais natural do que se pressupor a maior participação desta sociedade (representada, no caso, pelas OS) no desempenho das funções de interesse público realizadas pelas entidades privadas colaboradoras do Estado. Nenhum sentido faria, aliás, conferir-se uma ampla gama de prerrogativas de autoridade em favor do Poder Público no âmbito de contratos cujo propósito é, fundamentalmente, estimular a colaboração da iniciativa privada – sem finalidade lucrativa, frise-se –, no desempenho de tarefas que são, por essência, de responsabilidade do Estado.

Exemplos dessa maior flexibilização do regime jurídico dos contratos de gestão podem ser percebidos tanto no momento de escolha da Organização Social, com a dispensa do regime rígido de licitação previsto na Lei nº 8.666/93³⁹², quanto no momento de definição das cláusulas do ajuste, quando a lei dispõe, em seu Art. 6º, que o contrato de gestão será *“elaborado de comum acordo entre o órgão ou entidade supervisora e a organização social”*³⁹³, afastando-se, neste aspecto, da clássica figura dos contratos administrativos que

³⁹¹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de Gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 278.

³⁹² Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, em seu livro de Parcerias, defende a necessidade de prévia licitação para contratação destas entidades privadas, ainda que não pelas regras da Lei nº 8.666/93. Para a autora, o importante é assegurar a isonomia entre os possíveis interessados e a demonstração da capacidade técnica do escolhido para gerir os recursos públicos a serem transferidos via contrato de gestão. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**, 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 276. No mesmo sentido, defendendo a necessidade de licitação para que a Administração firme contrato de gestão com organização social, Marçal JUSTEN FILHO entende que deverá ser realizada licitação para a escolha de organização social sempre quando existirem duas ou mais passíveis de realizar o objeto a ser firmado, não necessariamente sob o regime da Lei Geral de Licitações e Contratos. **Curso de Direito Administrativo**, 6ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 207. No mesmo sentido, o Tribunal de Contas da União entendeu que *“as organizações sociais estão sujeitas às normas gerais de licitação e de administração financeira do poder público”* (Acórdão nº 601/2007, 1ª Câmara, Min. Rel. Aroldo Cedraz).

³⁹³ Ainda que esta manifestação de consenso seja relativizada mais à frente, quando a Lei prevê, no parágrafo único do seu Art. 7º, que *“os Ministros de Estado ou autoridades supervisoras da área de atuação da entidade devem definir as demais cláusulas dos contratos de gestão de que sejam signatários”*, o que, para alguns, significa a nítida manifestação de um regime de prerrogativas de ação unilateral também nestas espécies de contratos. Cf.

pressupõem, em geral, a redução da vontade privada à mera concordância com as condições impostas – unilateralmente – pela Administração³⁹⁴.

Ademais, vale notar que a Lei Federal nº 9.637/98 silenciou a respeito da aplicação subsidiária do estatuto geral das Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93), o que, se não significa o afastamento do regime de prerrogativas de ação unilateral previsto no Art. 58 da referida Lei geral, pode ao menos indicar que o modelo das Organizações Sociais talvez não deva ser compreendido a partir de uma perspectiva tradicional de organização da Administração Pública ou a partir de uma ótica voltada para um modelo clássico de gestão pública ou de regime jurídico-administrativo.

3.1.4. Outras modalidades de delegação

Há ainda outras modalidades contratuais de delegação, tais como as autorizações de natureza contratual, o arrendamento portuário³⁹⁵, a franquia pública³⁹⁶, o credenciamento, a

MOREIRA, Egon Bockmann. **Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e seus “vínculos contratuais” com o Estado.** Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 6, n. 62, abr. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 9 set. 2013. Nas palavras do autor: “...a formação do contrato de gestão possui três momentos: o primeiro deles é a elaboração pela OS e autoridade administrativa imediatamente a ela vinculada; o segundo é a aprovação do contrato pelo Conselho de Administração da OS; o terceiro é o seu exame pelo Ministro ou autoridade hierarquicamente superior, que devem livremente incluir novas cláusulas (sem nenhuma previsão de aprovação futura ou revisão pelo Conselho de Administração da OS)”.

³⁹⁴ Nesse sentido, Marçal JUSTEN FILHO destaca que “A grande peculiaridade do instituto [contrato administrativo] consiste na possibilidade de adoção de disciplina vinculante da conduta futura das partes. E, nesse ponto, poderia reconhecer-se que a vontade privada reduz-se quase apenas à concordância com as condições impostas pela Administração Pública”. **Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos.** São Paulo: Dialética, 2003, p. 42.

³⁹⁵ Em suma: o arrendatário é o titular da exploração de uma dada instalação portuária (um terminal) nos portos organizados por um dado período de tempo. O contrato de arrendamento deve conter cláusulas consideradas essenciais, especificadas no art. 5º da Lei nº 12.815/2013 (que revogou a Lei nº 8.630/93), dentre as quais se destacam as referentes: (i) ao objeto, à área e ao prazo; (ii) ao modo, forma e condições da exploração do porto organizado ou instalação portuária; (iii) aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade da atividade prestada, assim como às metas e prazos para o alcance de determinados níveis de serviço; (iv) ao valor do contrato, às tarifas praticadas e aos critérios e procedimentos de revisão e reajuste; (v) aos investimentos de responsabilidade do contratado; (vi) aos direitos e deveres dos usuários, com as obrigações correlatas do contratado e as sanções respectivas; (vii) às responsabilidades das partes; (viii) à reversão de bens; (ix) aos direitos, garantias e obrigações do contratante e do contratado, inclusive os relacionados a necessidades futuras de suplementação, alteração e expansão da atividade e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação das instalações; entre outras. Ainda sob o regime anterior, o Decreto nº 4.391/02, que regulamentava o contrato de arrendamento de instalações portuárias no contexto da Lei nº 8.630/93, deixava clara a natureza deste tipo de contrato ao estabelecer que: Art. 9º *O contrato de arrendamento de que trata este Decreto constitui espécie do gênero contrato administrativo e se regula pelas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhe, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições do direito privado. Parágrafo único. O regime jurídico do contrato de que trata o caput deste artigo confere à autoridade portuária, em relação a ele,*

a prerrogativa de alterá-lo, e bem assim de modificar a prestação dos serviços, para melhor adequá-lo à finalidade de interesse público, respeitados os direitos dos arrendatários, inclusive com relação a indenizações devidas, apuradas em processo administrativo regular. Daí que, à luz da Lei nº 8.630/93, ter-se afirmado que: “O arrendamento, portanto, caminha-se a caracterizar, a partir do novo regime estabelecido pela Lei dos Portos, uma subconcessão sui generis de serviço público, guardando traços da concessão de uso de bem público que está na sua origem”. Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e LEITE, Fábio Barbalho. **Peculiaridades do Contrato de Arrendamento Portuário**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, p. 269-295, jan./mar. 2003, p. 279. Cabe observar que, recentemente, a Lei nº 12.815/2013 (conversão da MP 595) alterou a Lei dos Portos em diversos aspectos, principalmente para (a) reforçar e centralizar os poderes conferidos à Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ; (b) fomentar a eficiência do serviço, por meio da flexibilização das exigências às instalações localizadas fora dos portos organizados, (c) ampliar a malha portuária, mediante maior abertura à exploração de portos privados com atração de novos capitais; (d) impor um maior controle de preços e de tarifas por regulação da ANTAQ; (e) inserir no âmbito portuário o instituto de compartilhamento de redes; (f) criar critérios para seleção das concessionárias, arrendatárias e autorizatárias; (g) bem como criar um programa de eficiência direcionado às Companhias Docas. No que diz respeito ao contrato de arrendamento, a nova Lei não tratou de nenhuma alteração a ser realizada nos contratos firmados até o momento. As atividades previstas nestes instrumentos continuarão sendo desempenhadas da forma e nas condições como previstas nos contratos, porém os resultados da aplicação da Lei nº 12.815/2013 poderão dar ensejo à criação de diferentes regimes jurídicos para a exploração das infraestruturas portuárias, que acabarão competindo entre si. Isto porque os arrendatários, concessionários e autorizatários existentes ao momento da entrada em vigor da MP 595 permanecem com seus respectivos atos jurídicos válidos e vigentes (havendo apenas previsão de adaptação para o caso de autorizatários) e competirão com os concessionários, arrendatários e autorizatários do novo regime (MP 595), o que implicará em uma assimetria competitiva.

³⁹⁶ A Lei nº 8.955/94 não faz referência à adoção do contrato de franquia no âmbito da Administração Pública, porém a ausência de legislação específica disciplinadora da matéria não tem sido fator impeditivo da utilização desta espécie de contratação pelo Poder Público (especialmente Administração Indireta). No setor elétrico, por exemplo, a Companhia Paranaense de Energia - COPEL possui o Sistema de Franquias COPEL, que tem por objetivo a prestação de serviços regulamentados pela legislação do setor elétrico - como ligação de unidades consumidoras, desligamento, manutenção de redes de distribuição, leitura de medidores, faturamento, atendimento ao público e outros. A remuneração dos franqueados advém mensalmente da prestação de serviços regulamentados e também de lucros auferidos das vendas de serviços e de materiais elétricos, sobre os quais pagam royalties à franqueadora. O Banco do Brasil também possui um sistema de franquias de suas lojas de conveniência, onde são realizadas vendas de produtos financeiros, como seguros, planos de previdência privada, cartões de crédito e até pacotes de viagens da BBTur. A franquia pública mais conhecida no Brasil é, sem dúvida, a dos Correios, cuja disciplina normativa está conformada pela Lei nº 11.668/08, que dispõe sobre o exercício da atividade de franquia postal. Para Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, a “*franquia não é inteiramente incompatível com a Administração Pública*”, podendo constituir um modo de concessão ou ser forma de terceirização de atividades acessórias ou complementares. No primeiro caso, estará sujeita à Lei nº 8.987/95 e alterações posteriores. No segundo caso, será feita nos moldes do direito privado e submetida à Lei nº 8.666, de 21-06-93, por força do art. 62, § 3º, inciso I. Após apontar os traços comuns e as diferenças entre os institutos da concessão de serviço público e da franquia, a autora sustenta que “*tão grande é a semelhança entre os dois institutos que é possível colocar a franquia como uma espécie de contrato de concessão; nela há as apontadas características da concessão administrativa: transferência, ao franqueado, de poderes e deveres próprios do concedente, conservando, este último, alguns poderes e deveres, em especial o de controlar e fiscalizar a atuação do franqueado, o de dar-lhe todo o treinamento e assistência técnica indispensáveis à execução do serviço e, se for o caso de franquia de distribuição, como o correio, fornecer-lhe os bens necessários a essa finalidade. A diferença entre a concessão de serviço público, em sua forma tradicional, e a franquia de serviços é apenas de grau, porque nesta última, o franqueado sofre limitações em sua atuação e em sua organização muito maiores do que o concessionário na concessão tradicional*”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**, 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 209-210. O Tribunal de Contas da União, por sua vez, no TC 625.042/1998-0, reconheceu que os contratos de franquia celebrados com a ECT são de natureza jurídica estritamente comercial, regidos pelas normas de direito privado, rejeitando a tese de que tais ajustes constituem concessão de serviço público. Reconheceu aquela Corte que, apesar das semelhanças existentes entre as concessões e as franquias, são institutos inconfundíveis, destacando-se como peculiaridades pertinentes a cada um.

gerencia privada de estabelecimentos públicos³⁹⁷, a locação de ativos³⁹⁸, entre outros, todos eles com regimes jurídicos próprios disciplinados em normas específicas, a demonstrar a hibridez de regime de Direito público e de Direito privado e a complexidade da matéria contratual da Administração na atualidade.

3.2. Contratualidade na cooperação federativa

Outras evidentes manifestações da *contratualidade administrativa* que merecem destaque são aquelas formatadas no modelo “público-público”, desenvolvidas dentro das próprias instâncias do Estado, sem a participação de particulares. São os chamados instrumentos do federalismo cooperativo adotado pela Constituição Federal de 1988 (Emenda Constitucional nº 19/98), no qual os entes da Federação estabelecem relações entre si com o objetivo de “*realização de alguns dos objetivos da República*”, e cujas principais vantagens podem ser sintetizadas na: (i) “*racionalização do uso dos recursos existentes, destinados ao planejamento, programação e execução de objetivos de interesses comuns*” e (ii) “*conjugação de esforços para atender as necessidades da população, as quais não poderiam ser atendidas de outro modo diante de um quadro de escassez de recursos*”³⁹⁹.

A gestão associada entre entes federados prevista na EC 19/98 estabelece a possibilidade dos diversos níveis de governo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) instituir entre si parcerias denominadas *convênios de cooperação* ou *consórcios públicos*, mediante a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. A Constituição Federal de 1988 referiu-se expressamente aos convênios de cooperação⁴⁰⁰ e aos consórcios públicos em seu artigo 241

³⁹⁷ Exemplos lembrados por Alexandre Santos de ARAGÃO, em seu **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 717.

³⁹⁸ Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini. **Locação de ativos**. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, mar./ago. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid>>. Acesso em: 27 set. 2013.

³⁹⁹ MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios públicos: comentários à lei 11.107/2005**. São Paulo: Del Rey, 2006. p. 23. Os autores citam ainda, como vantagens desse modelo de cooperação federativa: a criação de vínculos ou fortalecimento dos vínculos preexistentes, com a formação ou consolidação de uma identidade regional; e a instrumentalização da promoção do desenvolvimento local, regional e nacional.

⁴⁰⁰ Com relação aos convênios de cooperação, é bem verdade que já a Constituição Federal de 1967 previa, no § 3º de seu artigo 13, que “*para a execução, por funcionários federais ou municipais, de suas leis, serviços ou decisões, os Estados poderão celebrar convênios com a União ou os Municípios*”. No mesmo sentido, o artigo 10 do Decreto-lei 200/1967 também se valeu dos convênios para instituir o plano da descentralização, estabelecendo, por um lado, que “[a] descentralização será posta em prática em três planos principais (...) da Administração

(com redação dada pela referida EC): “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”. Conforme anota Luciano Ferraz, referido dispositivo constitucional “fomenta o consesualismo e a assume a plasticidade necessária para arregimentar a cooperação das entidades federadas na execução de serviços e atividades de interesse comum em prol da sociedade”⁴⁰¹.

A lei prevista na CF veio a ser promulgada em 2005 (Lei nº 11.107/05) e, em seu artigo 14, referiu-se à figura dos convênios de cooperação do seguinte modo: “A União poderá celebrar convênios com os consórcios públicos, com o objetivo de viabilizar a descentralização e a prestação de políticas públicas em escalas adequadas”. Embora a lei não tenha tido maior preocupação em disciplinar ou ao menos conceituar os convênios de cooperação, o seu Decreto regulamentador (Decreto nº 6.017/2007) tratou da questão de forma praticamente autoexplicativa, nos seguintes termos: “Artigo 2º. Para os fins deste Decreto, consideram-se: (...) VIII – convênio de cooperação entre entes federados: pacto firmado exclusivamente por entes da Federação, com o objetivo de autorizar a gestão associada de serviços públicos, desde que ratificado ou previamente disciplinado por lei editada por cada um deles”⁴⁰².

De igual modo ocorre no caso dos consórcios públicos, os quais, nos termos da Lei nº 11.107/05, também podem prever a gestão associada de serviços públicos. A principal diferença entre ambas as figuras (convênios e consórcios públicos) consiste no fato de que,

Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio” (§ 1º, b, do artigo 10). Por outro, dizendo que “a execução de programas federais de caráter nitidamente local deverá ser delegada, no todo ou em parte, mediante convênio, aos órgãos estaduais ou municipais incumbidos de serviços correspondentes” (§ 5º do artigo 10).

⁴⁰¹ FERRAZ, Luciano. **Consórcios Públicos: Ensaio Sobre a Constitucionalidade da Lei nº 11.107/2005**, In: PIRES, Maria Coeli Simões e BARBOSA, Maria Elisa Braz (coord.), **Consórcios Públicos: Instrumento do Federalismo Cooperativo**, Belo Horizonte, Fórum, 2008, p. 64. No mesmo sentido, José dos Santos CARVALHO FILHO salienta que “[a] análise do dispositivo não deixa margem a qualquer dúvida: pretende o Constituinte fomentar o regime cooperativo para que os serviços públicos sejam alvos de gestão associada, esta significando o conjunto de ações e estratégias que envolvem todos os entes interessados na execução de alguns serviços públicos comuns”. **Consórcios Públicos**, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2009, p. 8.

⁴⁰² Pertinente observar, em relação à parte final do dispositivo, que o Decreto regulamentador exigiu a prévia disciplina ou a ratificação por lei editada pelos entes convenientes, o que não foi determinado pela Lei nº 11.107/05, a qual previu a necessidade de aprovação legislativa apenas para o caso de Consórcios Públicos (Art. 5º). A nosso ver, o Decreto regulamentador impôs indevidamente uma condição que a própria lei evidentemente não considerou necessária, extrapolando os limites do poder regulamentar.

enquanto no convênio as relações jurídicas com terceiros são efetivadas em nome dos partícipes, uma vez que este não pode ser sujeito de direitos e obrigações, no consórcio público este se obriga em nome próprio, vez que adquire personalidade jurídica, respondendo os consorciados apenas subsidiariamente. Outra diferença é que o objeto do consórcio público pode ser mais amplo do que o dos convênios de cooperação, pois enquanto estes tem o objetivo limitado de disciplinar a gestão associada de serviços públicos, aqueles [os consórcios] podem ser firmados para a realização de qualquer um dos objetivos de interesse comum elencados no Art. 3º do Decreto nº 6.017/07⁴⁰³.

Mas veja-se que a gestão associada de serviços públicos (do direito italiano *gestione associata dei servizi pubblici*) é elemento central dessas figuras contratuais, até mesmo à luz do que diz dispositivo constitucional do artigo 241 acima analisado. Segundo a definição dada pelo inciso IX do artigo 2º do Decreto nº 6.017/07, a gestão associada de serviços públicos é “*exercício das atividades de planejamento, regulação ou fiscalização de serviços públicos por meio de consórcio público ou de convênio de cooperação entre entes federados, acompanhadas ou não da prestação de serviços públicos ou da transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos*”. Em suma, trata-se do exercício, em regime de cooperação federativa, de quaisquer das atividades de planejamento, regulação, fiscalização ou prestação de um serviço público, constituindo o

⁴⁰³ Art. 3º Observados os limites constitucionais e legais, os objetivos dos consórcios públicos serão determinados pelos entes que se consorciarem, admitindo-se, entre outros, os seguintes: I - a gestão associada de serviços públicos; II - a prestação de serviços, inclusive de assistência técnica, a execução de obras e o fornecimento de bens à administração direta ou indireta dos entes consorciados; III - o compartilhamento ou o uso em comum de instrumentos e equipamentos, inclusive de gestão, de manutenção, de informática, de pessoal técnico e de procedimentos de licitação e de admissão de pessoal; IV - a produção de informações ou de estudos técnicos; V - a instituição e o funcionamento de escolas de governo ou de estabelecimentos congêneres; VI - a promoção do uso racional dos recursos naturais e a proteção do meio-ambiente; VII - o exercício de funções no sistema de gerenciamento de recursos hídricos que lhe tenham sido delegadas ou autorizadas; VIII - o apoio e o fomento do intercâmbio de experiências e de informações entre os entes consorciados; IX - a gestão e a proteção de patrimônio urbanístico, paisagístico ou turístico comum; X - o planejamento, a gestão e a administração dos serviços e recursos da previdência social dos servidores de qualquer dos entes da Federação que integram o consórcio, vedado que os recursos arrecadados em um ente federativo sejam utilizados no pagamento de benefícios de segurados de outro ente, de forma a atender o disposto no art. 1º, inciso V, da Lei no 9.717, de 1998; XI - o fornecimento de assistência técnica, extensão, treinamento, pesquisa e desenvolvimento urbano, rural e agrário; XII - as ações e políticas de desenvolvimento urbano, sócio-econômico local e regional; e XIII - o exercício de competências pertencentes aos entes da Federação nos termos de autorização ou delegação. § 1º Os consórcios públicos poderão ter um ou mais objetivos e os entes consorciados poderão se consorciar em relação a todos ou apenas a parcela deles. § 2º Os consórcios públicos, ou entidade a ele vinculada, poderão desenvolver as ações e os serviços de saúde, obedecidos os princípios, diretrizes e normas que regulam o Sistema Único de Saúde - SUS.

convênio de cooperação e os consórcios públicos entre entes federados⁴⁰⁴, neste particular, uma “importante via para esforços conjugados quanto à prestação de serviços públicos e de intercâmbio dos meios necessários à sua execução”⁴⁰⁵.

O interessante a notar é que, a partir da natureza jurídica e da finalidade inerente a estas espécies de ajustes – qual seja, a cooperação federativa na gestão associada de serviços públicos ou na realização de objetivos de interesse comum –, fica difícil imaginar como aplicar a teoria do contrato administrativo, acompanhada de seu regime de prerrogativas estatais, no âmbito de uma contratação em que as duas partes são o próprio Estado, e onde impera o dever de igualdade entre os partícipes (decorrência direta do princípio do pacto federativo insculpido no Art. 18 da Constituição)⁴⁰⁶. Talvez isso baste para dar razão a Charles EISENMANN quando constata a “inaplicabilidade da teoria do contrato administrativo aos contratos entre entes da Administração”⁴⁰⁷.

Oportuno assinalar que a Lei de Consórcios Públicos (Lei nº 11.107/05) ainda previu duas novas figuras contratuais no âmbito da gestão associada de serviços públicos entre entes federativos: (i) o contrato de programa⁴⁰⁸, que consiste no instrumento hábil para constituir e

⁴⁰⁴ Com relação ao elemento subjetivo, vale ressaltar que os convênios de cooperação e os consórcios públicos somente podem ser celebrados entre pessoas de direito público e, ainda mais, por especiais pessoas de direito público, pois se trata, como na dicção do artigo 241 da CF, de contratos firmados entre **entes federados**, ou seja, de instrumentos subscritos unicamente União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou por Municípios, seja pelo representante legal destes entes, seja por pessoa – física ou jurídica – que nos termos da lei venha a representar. Logo, os convênios de cooperação e os consórcios públicos são mecanismos de alteração do exercício das competências definidas pela Constituição Federal relativas aos serviços públicos.

⁴⁰⁵ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Da Reforma Administrativa Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 386.

⁴⁰⁶ Sobre o tema, Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA tece interessante conclusão: “*Nos contratos administrativos celebrados entre entes públicos não há sentido em se cogitar, em teoria, de um regime de prerrogativas da Administração. Em sua origem, como visto ao longo desta tese, as prerrogativas da Administração – ainda que por um raciocínio passível de críticas – têm sua razão de ser na possibilidade de defesa do interesse público (ou do serviço público, em sentido amplo), em face de um interesse privado. No entanto, quando estão presentes em uma relação contratual apenas entes da Administração – numa relação que se presume igualitária –, como identificar a posição do interesse público a ser defendido mediante um regime especial? (...) Assim sendo, parece razoável que, em um contrato entre entes públicos, as partes tenham mais flexibilidade para acordar eventuais prerrogativas que cada qual venha a possuir, de modo isonômico ou não*”. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro**. São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 210.

⁴⁰⁷ EISEMANN, Charles. **Cours de Droit Administratif**, tomo II. 2ª ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983, p. 366.

⁴⁰⁸ Os contratos de programa, previstos no Art. 13 da Lei nº 11.107/05, tem a finalidade de disciplinar as obrigações entre dois entes federativos ou entre um ente federativo e o consórcio público no âmbito da gestão associada de serviço público ou de transferência de encargos, serviços, bens ou pessoal. De acordo com a definição do Decreto regulamentador nº 6.017/07, o contrato de programa consiste no “*instrumento pelo qual*

regular as obrigações que um ente da federação assume perante outro ente da federação ou perante um consórcio público, no âmbito de gestão associada de serviços públicos; e (ii) o contrato de rateio, cujo objetivo consiste na transferência de recursos públicos dos entes consorciados ao consórcio público por eles constituído. Todas essas novas formas demonstram a pluralidade de figuras contratuais presentes no relacionamento “público-público” na Administração hodierna⁴⁰⁹.

3.3. Contratualidade na desburocratização e na busca pela eficiência administrativa

No sentido da desburocratização e da busca pela eficiência, a Emenda Constitucional nº 19/98 introduziu também o §8º no artigo 37 da Constituição, que tornou viável a utilização de parcerias denominadas de *contratos de gestão*⁴¹⁰, previstos para serem firmados entre os administradores de órgãos e entidades da administração direta e indireta e o Poder Público, com

devem ser constituídas e reguladas as obrigações que um ente da Federação, inclusive sua administração indireta, tenha para com outro ente da Federação, ou para com consórcio público, no âmbito da prestação de serviços públicos por meio de cooperação federativa”. Trata-se, portanto, de instrumento semelhante aos contratos de concessão de serviços públicos, porém firmados entre entidades da própria Administração, em substituição aos modelos de “concessão imprópria” do passado. O instrumento vem sendo adotado em maior escala no setor de saneamento básico, no âmbito da Lei nº 11.445/05. Em dissertação dedicada ao tema, Ana Carolina Cavalcanti HOHMANN cita e analisa três experiências nacionais nesse setor: (i) o contrato de programa celebrado entre a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP e os municípios paulistas; (ii) o contrato de programa celebrado entre o Município do Recife e a Companhia Pernambucana de Saneamento – COMPESA; e (iii) o Protocolo de Intenções do Consórcio Intermunicipal para a Gestão dos Resíduos Sólidos de Curitiba e Região Metropolitana. Cf. **O contrato de programa na Lei Federal n. 11.107/05: instrumento de cooperação interfederativa**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011, p. 150 e ss.

⁴⁰⁹ Convém ainda destacar que, a nosso ver, o federalismo de cooperação não esgota a sua potencialidade nas figuras do convênio e dos consórcios públicos, analisadas acima. Novas formulações de parcerias no modelo público-público podem vir a ser adotadas, a depender das necessidades institucionais e de sua conformação com o ordenamento jurídico-constitucional vigente. Um exemplo que aponta nesta direção – embora não se trate propriamente de manifestação de contratualidade, posto que impositivo –, é o arranjo institucional recentemente concebido pelo Supremo Tribunal Federal para solver a intrincada discussão em torno da titularidade de serviços públicos nos Municípios pertencentes a Regiões Metropolitanas. Sobre o tema, o Tribunal decidiu que a titularidade deve ser compartilhada entre os Municípios inseridos na Região Metropolitana e o Estado-membro que a instituiu, à semelhança de um consórcio público (sem, contudo, atribuir o nome de consórcio público a esta formulação político-institucional). Segundo o Supremo, o compartilhamento da competência deverá formar um ente regional de caráter público e autárquico, intergovernamental, no qual tenham assento representações dos Municípios metropolitanos e do Estado, com vistas à tomada de decisões sobre a organização, planejamento, prestação, concessão e controle dos serviços de saneamento básico, de modo conjunto, nos termos de um “*controle deliberativo metropolitano*” (Cf. ADI nº 1842, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) para questionar a constitucionalidade de leis do Estado do Rio de Janeiro que tratam da criação da região metropolitana do Rio de Janeiro e da microrregião dos Lagos, e disciplinam a administração de serviços públicos nessas áreas, especialmente dos serviços de saneamento básico).

⁴¹⁰ Estes que não se confundem com os contratos de gestão das Organizações Sociais, vistos há pouco..

o objetivo de fixar *metas* para aumentar a *eficiência*, em troca de maior *autonomia gerencial*, *orçamentária* e *financeira*, cabendo à lei dispor sobre o prazo de duração do contrato; os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; a remuneração e o regime de contratação temporária de pessoal.

Instrumento originário da Administração por resultados, a favor da modernização do aparato administrativo e em oposição ao modelo de Administração Pública burocrática, o contrato de gestão tem como principais funções: “(i) *formalizar acordos administrativos organizatórios*, (ii) *efetivar a programação administrativa derivada* e (iii) *promover a contratualização do controle administrativo, com foco especial na avaliação de desempenho e de resultados da ação administrativa*”⁴¹¹. Trata-se de instrumento da Reforma do Aparelho do Estado iniciada no Brasil em 1995, no sentido da implantação da chamada Administração Pública gerencial, orientada pelos valores de eficiência e qualidade na prestação de serviços públicos a partir do cumprimento de metas e objetivos. Com o contrato de gestão, afirma OLIVEIRA, buscou-se “*instaurar a denominada contratualização dos controles a cargo do Estado, com foco no controle de resultados, uma das características tidas como das mais relevantes no contexto do modelo gerencialista sugerido pela equipe reformadora*”⁴¹². Como anota Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, o contrato de gestão no Direito brasileiro segue o figurino do Direito francês, onde:

“tais contratos têm sido utilizados com denominações diversas em fases sucessivas: contratos de programa, contratos de empresa, contratos de plano, contratos de objetivos. A ideia básica é a de, por meio de contrato, levar a empresa a alcançar determinados objetivos fixados no contrato, coerentes com o Plano de Governo, e, em troca, assegurar maior autonomia para a empresa e, em consequência, facilitar e diminuir o controle sobre suas atividades. As atividades de controle e direção, que com muita frequência se misturam nas formas tradicionais de tutela, ficam mais nitidamente separadas, já que a empresa ganha autonomia na gestão e a Administração direta se limita a verificar se os resultados foram alcançados”⁴¹³.

⁴¹¹ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **Contrato de Gestão e Modernização da Administração Pública Brasileira**. Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, jul. 2005, p. 9.

⁴¹² OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de Gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008, p. 168.

⁴¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Contratos de gestão: contratualização do controle administrativo sobre a administração indireta e sobre as organizações sociais**. Revista da PGE, disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista2/artigo9.htm>

Por meio destas espécies de contratos⁴¹⁴, é possível, por exemplo, que um Ministério supervisor e respectivas autarquias e fundações qualificadas como Agências Executivas⁴¹⁵, firmem compromissos quanto ao cumprimento de metas em troca de maior autonomia desta (Agência) em relação àquele (Ministério). Neste caso, o contrato de gestão deverá conter (i) a descrição dos objetivos e metas da entidade⁴¹⁶, com seus respectivos planos de ação anuais, prazos de consecução e indicadores de desempenho; (ii) o demonstrativo de compatibilidade dos planos de ação anuais com o orçamento e com o cronograma de desembolso; (iii) as responsabilidades dos signatários em relação ao atingimento dos objetivos e metas definidos; (iv) as medidas legais e administrativas a serem adotadas pelos signatários e partes intervenientes com a finalidade de assegurar maior autonomia de gestão e a disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros; (v) os critérios, parâmetros, fórmulas e consequências a serem considerados na avaliação do seu cumprimento; (vi) as penalidades aplicáveis à entidade e aos seus dirigentes; (vii) as condições para sua revisão, renovação e rescisão; e (viii) a sua vigência (Art. 4º do Decreto nº 2.487/98).

Como se vê, predomina, também aqui, a técnica dialógica e a negociação entre órgãos e entidades administrativas, com a intenção de programar as ações a serem desenvolvidas e

⁴¹⁴ Sobre a natureza jurídica de “contrato” dos contratos de gestão, refutamos o entendimento que os considera “acordos administrativos” ou “convênios”, pretendendo reduzir o conceito de “contrato administrativo” às relações meramente patrimoniais ou às relações em que haja contraposição de vontade entre as partes, tal como o fazem Marçal JUSTEN FILHO. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 408; Maria Sylvia Zanella DI PIETRO. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**, 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 226; Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 182, entre outros. Por todos, ver OLIVERIA, Gustavo Justino de. **Contrato de Gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008, p. 223. Pelas razões expostas no tópico 4.1., consideramos esta também uma nova figura contratual da Administração, na acepção ampla de contrato administrativo utilizada na presente Dissertação.

⁴¹⁵ O Decreto Federal nº 2.487/98 dispõe, em seu Art. 1º, que as autarquias e as fundações integrantes da Administração Pública Federal poderão, observadas as diretrizes do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, ser qualificadas como Agências Executivas. Tal qualificação poderá ser conferida mediante iniciativa do Ministério supervisor, com anuência do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, que verificará o cumprimento, pela entidade candidata à qualificação, dos seguintes requisitos: (a) ter celebrado contrato de gestão com o respectivo Ministério supervisor; (b) ter plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional, voltado para a melhoria da qualidade da gestão e para a redução de custos, já concluído ou em andamento (§1º).

⁴¹⁶ O §1º do Art. 4º do Decreto nº 2.487/98 determina a obrigatoriedade de fixação de objetivos e metas relativos, no mínimo, aos seguintes aspectos: (i) satisfação do cliente; (ii) amplitude da cobertura e da qualidade dos serviços prestados; (iii) adequação de processos de trabalho essenciais ao desempenho da entidade; (iv) racionalização de dispêndios, em especial com custeio administrativo; e (v) arrecadação proveniente de receitas próprias, nas entidades que disponham dessas fontes de recursos.

permitir, com isso, uma avaliação melhor e mais eficiente do desempenho e dos resultados atingidos pela Administração no cumprimento de seus objetivos.

3.4. Contratualidade na função de fomento

A função de fomento é definida, segundo a melhor doutrina, como a função administrativa através da qual “*o Estado ou seus delegados estimulam ou incentivam, direta, imediata e concretamente, a iniciativa dos administrados e de outras entidades, públicas e privadas, para que estas desempenhem ou estimulem, por seu turno, as atividades que a lei haja considerado de interesse público para o desenvolvimento integral e harmonioso da sociedade*”⁴¹⁷. A contratualidade na função de fomento não se confunde, portanto, com a relação convencional que eventualmente se estabeleça entre a Administração e um particular com objetivo de transferir atividade própria da Administração, como ocorre nos instrumentos de delegação de serviços públicos vistos acima. O *fomento* é identificado quando está presente o objetivo de incentivo a uma determinada atividade privada qualificada como de interesse geral, atributo que justifica a medida de incentivo estatal. Por isso, medidas de fomento público são geralmente realizadas no âmbito de atividades econômicas, com o propósito de possibilitar o desenvolvimento de um determinado setor considerado prioritário pelo Poder Público, o que não impede a sua prática em atividades culturais, sociais, ambientais, entre outras.

Ainda, ensina Floriano de Azevedo MARQUES NETO que o fomento pode ser “positivo” ou “negativo”. O primeiro, mais comum, tem o propósito de “*tornar a atividade privada mais viável, interessante ou abrangente*”, efetivando-se, em regra, a partir de “*medidas positivas, de caráter premial e natureza não coativa*”. Por outro lado, o fomento negativo se manifesta pelo “*abrandamento ou intensificação pontual e direcionada de medidas ou restrições estatais, com vistas a induzir, incentivar ou desincentivar ações dos agentes privados e com isso obter o desenvolvimento ou a redução de certas atividades pretendidas ou indesejadas*”⁴¹⁸.

⁴¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 585.

⁴¹⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 57-71, out-dez. 2010.

Estas duas dimensões do fomento conferem a esta função estatal uma vasta gama de alternativas e soluções⁴¹⁹, sendo praticamente impossível, por isso, esgotar aqui todas as possibilidades de intervenção estatal fomentadora. Limitar-nos-emos, pois, a citar alguns exemplos de manifestação da função de fomento pela via contratual mais expressivos e recorrentes, com o fim de demonstrar como a *contratualidade* – e a consequente flexibilização do regime de prerrogativas estatais – está presente também neste importante campo de atuação estatal⁴²⁰.

3.4.1. Convênios Administrativos

Os *convênios* encontram-se disciplinados – de forma bastante imprecisa, é verdade – no art. 116 da Lei nº 8.666/93, e pode-se cogitar a sua celebração entre entidades públicas ou entre estas e entidades particulares, estas últimas quando o Estado deixa a atividade na iniciativa privada e apenas incentiva o particular que queira desempenhá-la. É neste último sentido que os convênios podem ser situados nos instrumentos *contratuais* de fomento público.

A caracterização dos convênios como *contratos administrativos*, no entanto, é matéria bastante controvertida na doutrina. Hely Lopes Meirelles já construía a sua concepção de convênio a partir de duas ideias-força: (i) de que os convênios envolvem um aspecto pactual (acordo de vontades); mas que (ii) não tem caráter contratual – é dizer “*não são contratos*” porquanto as partes convenientes não pactuam movidas por vontades antagônicas, e sim levadas

⁴¹⁹ Como cita Floriano de Azevedo MARQUES NETO, “*Dentre os mais frequentes estão os benefícios fiscais e tributários, a política de crédito (empréstimos e subsídios), a cessão de bens, o franqueamento de procedimentos administrativos mais céleres (fomento burocrático), o oferecimento de assistência técnica, e outros tantos meios*”. **O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 57-71, out-dez. 2010.

⁴²⁰ O mais importante a ser aqui destacado é a flexibilização do uso de prerrogativas estatais nos contratos firmados na função de fomento estatal, pois, como observa Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA: “*Já particularmente no caso dos contratos que importem fomento, seguindo-se a mesma lógica do que acima se afirmou quanto a contratos de concessão de bens públicos – por certo, com a diferença de que no presente caso sequer se trata de objeto contratual inerente ao Estado – ou seja, a lógica da utilidade preponderantemente privada do objeto contratual, vale com mais razão o afastamento do sentido teórico de um regime de prerrogativas da Administração*”. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro**. São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 362.

por um “*espírito de cooperação*”⁴²¹. Desde então, são muito frequentes na doutrina as manifestações distintivas entre as duas figuras jurídicas, *convenial* e *contratual*⁴²².

Contudo, seguindo o conceito amplo de *contrato* adotado na presente Dissertação (ver tópico 4.1), ousamos discordar desse entendimento. Para nós, o caráter pactual, consensual ou de acordo intrínseco aos convênios remete-nos ao traço de bilateralidade e de criação obrigações recíprocas que denota a natureza *contratual* dos convênios, entendidos genericamente como instrumentos originadores de obrigações entre as partes, ou, como se preferir, originadores de situações jurídicas subjetivas. Filiamo-nos, pois, à doutrina de Odete MEDAUAR, para quem: “*a dificuldade de fixar diferenças entre contrato e convênio administrativo parece levar a concluir que se trata de figuras da mesma natureza*”⁴²³.

Ainda como nota preliminar, convém esclarecer que os convênios como instrumentos do fomento público não se confundem com os *convênios de cooperação* previstos no artigo 241 da Constituição Federal, sobre os quais tratamos no tópico apropriado (contratualidade na cooperação federativa). Os convênios ora estudados são geralmente denominados de *convênios administrativos*, ou simplesmente *convênios*, e possuem um sentido mais genérico, pouco definido por nossa legislação, entendidos como atos de administração ordinária, ou seja, típicos mecanismos de gerenciamento da máquina administrativa, motivo pelo qual, aliás, se estabeleceu a regra de que independem de autorização legislativa⁴²⁴.

⁴²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Comissões Intermunicipais**, In: Estudos e Pareceres de Direito Público, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. I, 1971, p. 244.

⁴²² Cf. Edmir Netto de ARAÚJO, para quem: “*nos contratos, as vontades são antagônicas, se compõem, mas não se adicionam, delas resultando uma terceira espécie (vontade contratual, resultante e não soma); ao passo que nos convênios, como nos consórcios, as vontades se somam, atuam paralelamente, para alcançar interesses e objetivos comuns*”. **Do Negócio Jurídico Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 147.

⁴²³ MEDAUAR, Odete. **Convênios e Consórcios Administrativos**, In: Boletim de Direito Administrativo - BDA, São Paulo, NDJ, agosto 1995, ano 11, nº 8, p. 456.

⁴²⁴ Como bem resume Hely Lopes MEIRELLES, “*no consenso doutrinário, a possibilidade da celebração de convênios é ampla, entre quaisquer pessoas ou organizações públicas ou particulares, que disponham de meios para realizar os objetivos comuns, de interesse recíproco dos partícipes*”. **Estudos e Pareceres de Direito Público**, volume IX, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 100. Com relação à prescindibilidade de autorização legislativa, a tese pacificada no STF é no sentido de que: “[a] regra que subordina a celebração de convênios em geral, por órgãos do Executivo, à autorização prévia da Assembléia Legislativa, em cada caso, fere o princípio da independência dos Poderes, extravasando as pautas de controle externo constante da Carta Federal. Cf. Representação de Inconstitucionalidade nº 1210/RJ, Relator Ministro Moreira Alves, DJ 07.06.1995; no mesmo sentido: ADI 1166/DF, ADI-MC 1865/SC, ADI-MC 1857/SC, ADI-MC 1857/SC, ADI 676/RJ, ADI-MC 1166/DF, ADI 770/MG, ADI-MC 676/RJ, entre outros. Veja-se que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também já apontou igualmente que “*a celebração de convênios administrativos, onerosos ou não,*

Eles [os convênios administrativos] são regrados em diversos dispositivos e diplomas esparsos. Assim, já o decreto-lei nº 200, de 25/02/1967, ao estipular as maneiras de promover a descentralização da execução das atividades da Administração Federal, mencionava a celebração de convênios⁴²⁵. Este diploma, posteriormente reforçado pelo Decreto Federal nº 93.872, de 23/12/1986 (revogado pelo Decreto nº 6.170/07 na parte relativa aos Convênios), previu expressamente os seus principais elementos: (i) a reciprocidade do interesse dos partícipes (Art. 48); (ii) a vinculação entre os recursos e o plano de aplicação previamente aprovado (Art. 51); (iii) a necessidade de fiscalização do fluxo de recursos (Art. 54); e (iv) a possibilidade do convênio ser denunciado a qualquer tempo (Art. 57). A esta época, contudo, a celebração de convênios ainda estava limitada às entidades federativas.

Atualmente, os convênios administrativos são regidos, fundamentalmente, pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93) e, no âmbito federal, pelo já citado Decreto Federal nº 6.170/07 (quando envolver a transferência de recursos). O artigo 116 da Lei de Licitações estatui que: *“aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”*. Embora este dispositivo tenha sido bastante direcionado aos convênios que tenham por objeto a realização de “projetos” mediante repasse de recursos financeiros (obra ou um serviço específico) – o que justifica as referências a “plano de trabalho”, “etapas de execução” e “conclusão de etapas” –, há quem entenda que não se deve restringir a aplicabilidade desta Lei aos demais tipos de convênios administrativos, como salienta Maria Sylvia Zanella DI PIETRO:

“Não se pode admitir a interpretação restritiva do artigo 116 da Lei nº 8.666, já que ele tem que ser analisado dentro de todo o ordenamento jurídico em que se insere. Suas exigências devem ser cumpridas em tudo o que seja compatível com o objeto do convênio a ser celebrado, já que o objetivo evidente do dispositivo é o de estabelecer normas sobre a aplicação e controle de recursos repassados por meio do convênio; essas finalidades estão presentes em

independe sempre de prévia autorização legislativa”. ADIn nº 051.787-0, Relator Desembargador Pinheiro Franco, DOE 18.08.1999.

⁴²⁵ “Artigo 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º. A descentralização será posta em prática em três planos principais:

a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;
 b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;
 c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões. (...)”

qualquer convênio, independentemente de seu objeto. A inobservância do art. 116 somente será admissível nos casos de convênio que não impliquem repasse de bens ou valores.”⁴²⁶

O § 1º do artigo 116 prossegue condicionando a celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública à aprovação de um “plano de trabalho”, a ser proposto pela organização interessada, que deverá conter, no mínimo: (i) a identificação do objeto a ser executado; (ii) as metas a serem atingidas; (iii) as etapas ou fases de execução; (iv) o plano de aplicação dos recursos financeiros; (v) o cronograma de desembolso; (vi) a previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas; e, por fim, (vii) se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, a comprovação de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador. As parcelas do convênio serão liberadas em estrita conformidade com o plano de aplicação aprovado, exceto nos casos previstos nos incisos do § 3º do mesmo artigo 116, como são os casos de não comprovação da boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida; da verificação de desvio de finalidade na aplicação dos recursos; ou ainda no caso de atrasos não justificados no cumprimento das etapas ou fases programadas; entre outras hipóteses.

No âmbito da União – já dissemos –, os convênios administrativos que envolvam transferências de recursos orçamentários são regidos também pelas disposições do Decreto Federal nº 6.170/07, que regulamenta os “*convênios, contratos de repasse*”⁴²⁷ e *termos de cooperação celebrados pelos órgãos e entidades da administração pública federal com órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos, para a execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco que envolvam a transferência de recursos oriundos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União*” (artigo 1º). De acordo com o § 1º deste mesmo artigo 1º, o Decreto define a figura do “convênio” para efeito de aplicação das regras previstas em seu texto, compreendendo-os, com um sentido bastante lato, como: “*acordo,*

⁴²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas**, 7ª edição, São Paulo, Atlas, 2009, p. 235.

⁴²⁷ O Decreto Federal nº 6.170/2007, art. 1º, §1º, se refere ao *contrato de repasse*, por meio do qual se processa a transferência de recursos financeiros federais a órgãos ou entidades da Administração estadual, distrital ou municipal ou a entidades privadas sem fins lucrativos, por intermédio de instituições financeiras controladas pela União, atuando como mandatárias desta.

ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação”.

Uma questão sensível diz com o elemento subjetivo destas espécies de ajustes. De fato, a leitura dos dispositivos legais que regem a figura dos convênios administrativos em nosso ordenamento não encerra a discussão em torno das partes que podem figurar nesses ajustes. A Lei nº 8.666/93, por exemplo, limitou-se a fazer referência aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração, sem identificar, contudo, quais são os agentes que podem figurar como convenientes da Administração nesses acordos. Outras normas, aplicadas especificamente para alguns tipos de convênios, referem-se às partes que podem figurar no convênio para efeito daquela norma específica, a exemplo do que ocorre com os convênios que envolvam a transferência de recursos do orçamento da União, quando há menção expressa aos órgãos e entidades da administração pública federal, de um lado, e aos órgãos ou *entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos*, de outro (artigo 1º do Decreto nº 6.170/07)⁴²⁸.

⁴²⁸ Veja-se que este Decreto federal foi mais restritivo do que a Lei nº 8.666/93 no que se refere aos partícipes possíveis, ao admitir apenas entidades privadas que não tenham finalidade de obtenção de lucro, procurando afastar a possibilidade de celebração de convênios desta natureza com sociedades empresárias. Neste aspecto, vale esclarecer a nossa opinião. Diante da aparente vedação contida no Decreto nº 6.170/07, na Portaria Interministerial nº MPOG/MF/CGU nº 507, de 24 de novembro de 2011, e na Instrução Normativa STN nº 1/97, poder-se-ia argumentar que o ordenamento jurídico vigente proíbe, em absoluto, a celebração de convênios entre a Administração e entidades privadas com fins lucrativos. Não compartilhamos de tal entendimento. A uma, porque a indigitada proibição contida nas normas de âmbito federal é específica em relação aos convênios que contenham previsão de transferência de recursos do orçamento para entidades particulares com fins lucrativos. A duas, porque o texto do artigo 116 da Lei nº 8.666/93 não permite traçar esta distinção de instrumentos jurídicos em função da natureza lucrativa ou não do particular contratado (veja-se que a lei alude a convênios sem relacionar um e outro com as entidades com e sem fins lucrativos). A três — e este argumento parece-nos derogatório — porque a persecução de finalidade lucrativa ou não pela entidade privada não pode ser — e de fato não é — o divisor de águas para fins de delimitação da licitude ou ilicitude do convênio, mesmo nos casos em que haja transferência de recursos orçamentários em favor da entidade privada. De fato, não há qualquer princípio, preceito, regra, doutrina ou ensinamento jurídico-administrativo ou constitucional que vede a possibilidade de particulares com objetivo de lucro figurarem como partícipes em acordos de cooperação firmados com a Administração. Nem a Lei de Licitações nem tampouco os princípios que regem a atividade administrativa vedam, *a priori*, a participação de

O mais importante a notar é que hoje é perfeitamente possível um particular figurar como partícipe em convênios celebrados com a Administração direta ou indireta de qualquer esfera da federação. Aliás, nenhum sentido faria entender de modo contrário à participação da iniciativa privada, pois esta participação é da essência do próprio instituto, aderente ao propósito do chamado Estado mínimo⁴²⁹. A complexidade crescente do Estado e da própria forma de governar impõe aos novos administradores não somente a melhor gestão dos recursos existentes, mas também a conjugação dos melhores esforços para que, apesar da inexistência de recursos, sejam realizadas as metas definidas politicamente como relevantes para o

particulares que visam lucro em instrumentos de cooperação como os convênios. Por isso, entendemos que mesmo nos casos em que haja transferência de recursos orçamentários em favor do particular, a persecução de finalidade lucrativa ou não pela entidade privada não pode ser – em que pese as disposições normativas supracitadas – o divisor de águas para fins de delimitação da licitude ou ilicitude do convênio. Arriscamo-nos em afirmar, não sem antes refletirmos sobre o tema, que mesmo nessas hipóteses de transferência de recursos orçamentários via convênio em favor de sociedade empresária inexistente, *a priori*, qualquer óbice jurídico ou mesmo axiológico capaz de censurar a formalização do ajuste. O fato da entidade privada partícipe do convênio perseguir lucro em suas atividades não é – por si só e necessariamente – interditante da formalização do instrumento de cooperação, ainda que do ajuste resulte a obrigação da Administração de destinar recursos públicos ao particular visando o melhor cumprimento do objetivo do convênio. E afirmamos isto escorados na tese de que é o conteúdo e a finalidade da relação jurídica convencional em si mesma, mais do que o objetivo de lucro da entidade privada que dela participa, que indica ser adequado pactuar através de convênio, a depender dos objetivos visados por seus partícipes no âmbito do próprio pacto. Temos para nós que, se o particular acudir ao ajuste com o nítido e único objetivo de atingir um determinado resultado que não seja lucrar com o próprio convênio, e desde que este objetivo seja convergente com os anseios de interesse público perseguidos pela Administração, ter-se-á como irrelevante o fato da pessoa jurídica de direito privado ter como finalidade social a obtenção de lucro. Ou seja, se o seu objetivo com o convênio for viabilizar a realização de determinada atividade ou serviço, por exemplo, sem qualquer intenção de lucrar com esta atividade, a convergência deste objetivo com eventual interesse da Administração de realizar a mesma atividade possibilitará a celebração da figura do convênio. Se, por outro lado, o objeto do pretendente for claramente extrair algum proveito econômico do ajuste, mediante a utilização dos recursos orçamentários em proveito próprio – alheio às finalidades do próprio ajuste, portanto – obviamente a celebração do convênio, nesse caso, não será admitida. Importa, por isso, analisar casuisticamente se o particular que pretende celebrar o convênio tem ou não interesse convergente com a Administração no âmbito do ajuste. Pouco importa a sua finalidade social abstratamente considerada – que pode ser lucrativa ou não –, o importante é que, no âmbito do convênio, esta finalidade lucrativa não se faça presente. Não estamos sozinhos nesta defesa. Especificamente a esse respeito, assim se manifesta Edite HUPSEL: “*esta espécie de ajuste [convênio] é utilizada, na grande maioria das vezes, para pactuar obrigações entre entidades públicas entre si; entre entidades públicas e privadas, integrantes da Administração Pública; e entre entidades públicas e pessoas jurídicas privadas de natureza assistencial, sem fins lucrativos. Este fato não afasta, porém, a possibilidade de pactuação de um convênio entre uma entidade pública e uma de natureza privada, de fins mercantis, e que tem o lucro como sua própria razão de existir*”. **Convênios Administrativos – Anotações.** Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 3, nº 31, julho de 2004, p. 403.

⁴²⁹ Como destacam Arnoldo WALD, Luiza Rangel de MORAES e Alexandre WALD: “*Na realidade, em todos os países, a própria noção de Estado e, em particular, as suas dimensões ideais e as suas relações com a sociedade têm sido objeto de análises e polêmicas. Uma ampla literatura, oriunda de políticos, sociólogos, economistas e juristas, se insurge contra o “Estado megalômano” e onipresente, o Poder Público hipertrofiado e superdesenvolvido, defendendo-se uma ampla redução no seu papel e exigindo simultaneamente maior eficiência no exercício de suas funções básicas com a desburocratização e a adoção de um verdadeiro espírito empresarial. Desenvolve-se, assim, a tese de que precisamos de menos Estado e de mais Justiça comutativa e distributiva, devendo ser adotada a fórmula que assegure a existência do “Estado Mínimo” e do Estado moderno, que é o “Estado modesto”*”. **O Direito de Parceria e a Lei de Concessões**, 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 7.

desenvolvimento econômico ou social⁴³⁰. Trata-se de importante veículo de fomento das atividades de interesse coletivo realizada pelas mais diversas entidades, integrantes ou não do aparato administrativo⁴³¹. Esta associação, aliás, é cada vez mais desejável em espírito de colaboração entre os domínios público e privado, e revela não só a superação de uma Administração autoritária e pretensamente autossuficiente em seus afazeres – o que se demonstrou postura equivocada a partir da crise do Estado social –, como também a potencialidade positiva dessa união em prol do bem-estar coletivo.

Em termos de regime jurídico contratual, viu-se que os convênios vêm disciplinados de maneira bastante sucinta no artigo 116 da Lei nº 8.666/93 e de modo bastante específico e direcionado às transferências de recursos orçamentários de origem federal no Decreto nº 6.170/07, o que torna a disciplina normativa, muitas vezes, insuficiente para regradar todas as hipóteses e situações nas quais a Administração Pública se vê diante da necessidade de celebrar um convênio. Mas, justamente por isso, o interessante é notar que ordenamento jurídico optou por admitir uma margem bastante ampla para aplicabilidade do conceito, ao se referir a

⁴³⁰ Esta nova forma de enxergar a Administração e sua relação com a sociedade privilegia o consenso, a participação, a conjunção de esforços e de recursos entre Estado e iniciativa privada visando ao cumprimento mais eficiente dos objetivos de interesse coletivo. É, afinal, a proposta da Reforma Administrativa do Estado brasileiro, a partir da qual inúmeros instrumentos foram criados – e continuam surgindo – com este propósito de “desestatização”, como nos dão conta os Contratos de Gestão com Organizações Sociais (OS) e os Termos de Parceria com as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

⁴³¹ Aliás, a doutrina administrativista mais abalizada nunca duvidou desta possibilidade, como nos dá conta a obra de Hely Lopes MEIRELLES: “*convênios administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes*”. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 358. No mesmo sentido, Odete MEDAUAR leciona, há décadas, que “*convênios administrativos são acordos celebrados para a realização de objetivos de interesse comum: a) entre entidades e órgãos públicos de espécies diferentes; b) entre entidades ou órgãos públicos e entidades privadas*”. **Convênios e Consórcios Administrativos**, in Boletim de Direito Administrativo - BDA, São Paulo, NDJ, agosto 1995, ano 11, nº 8. De igual modo, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO posiciona-se da seguinte maneira: “*o convênio é um dos instrumentos de que o Poder Público se utiliza para associar-se quer com outras entidades públicas quer com entidades privadas*”, e cita o exemplo de uma universidade pública que “*celebra convênio com outra entidade, pública ou privada, ou para realizar um estudo, um projeto, de interesse de ambas, ou para prestar serviços de interesse comum a terceiros; é o que ocorre com os convênios celebrados entre Estados e entidades particulares tendo por objeto a prestação de serviços de saúde ou educação*”. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**, 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 233. A mesma autora prossegue discorrendo especificamente dos convênios entre entidades públicas e entidades particulares, afirmando a impossibilidade de sua celebração como forma de delegação de serviços públicos, mas admitindo-a como modalidade de **fomento**, quando o incentivo pode se dar em forma de auxílios financeiros ou subvenções por conta do orçamento público, financiamentos, favores fiscais, desapropriações de interesse social, entre outras formas. A propósito do fomento público, inclusive, já tivemos a oportunidade de definir como seu pressuposto a consecução de um dado objetivo ou empreendimento que interessa, imediatamente, ao segmento da iniciativa privada diretamente envolvido, e mediamente à coletividade, de modo que, em grande medida, o exercício da função indutora ou incentivadora do Estado compreenderá a formalização de “contratos de cooperação”.

“convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres” (artigo 116 da Lei nº 8.666/93), o que abre a possibilidade de enquadrar como convênio qualquer instrumento que se revista dos elementos definidores próprios desta figura, especialmente da convergência de interesses entre os partícipes.

Exatamente por conta desta convergência de interesses – característica que, como vimos, leva a doutrina até mesmo a afastar os convênios administrativos de seu enquadramento como espécie de “contrato administrativo” – pode-se notar nos convênios, em termos de regime jurídico, uma maior **flexibilidade** no que diz respeito à incidência de prerrogativas públicas de ação unilateral. É o que se observa a partir da redação do próprio Art. 116 da Lei de regência, quando dispõe que aos convênios aplicam-se, **no que couber**, as disposições da Lei de Licitações e Contratos (onde se encontram positivadas entre nós, como vimos, as prerrogativas estatais no âmbito dos contratos administrativos – Art. 58 e incisos). Embora a Lei novamente tenha conferido margem a interpretações ampliativas quanto à aplicabilidade do regime de prerrogativas nestas espécies de contratos, o sentido da expressão “no que couber” pode denotar, por outro lado – e assim acreditamos –, o reconhecimento da impertinência do regime estatutário dos contratos administrativos em muitos casos de celebração de convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres.

Ademais, seria no mínimo ilógico e desproporcional pretender-se conferir privilégios implícitos à Administração (de modificar, fiscalizar, punir e rescindir unilateralmente o ajuste) em contratos cujo objetivo não é outro senão o de incentivar, estimular, encorajar ou, enfim, fomentar a atividade do *parceiro* do Estado no cumprimento das metas de interesse social⁴³². Também por isso, vale lembrar que os convênios administrativos com entidades privadas sem fins lucrativos, por força do Decreto 7.568/11, não estão sujeitos às regras rígidas de licitações

⁴³² Assim conclui Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA a respeito dos contratos firmados no âmbito da função de fomento: “*Em suma, no caso dos módulos convencionais de cooperação, a Administração e a outra parte contratante (estatal ou particular) conjugam esforços para alcançarem um fim comum (...). Em uma situação assim, não há necessariamente que existir, a priori, no ordenamento jurídico, um regramento objetivo, com prerrogativas de ação autoexecutória e unilateral da Administração, do objeto da relação convencional que se venha a estabelecer. (...) a homogeneidade de fins é um fator de redução dos potenciais conflitos de interesses, a justificar maior flexibilidade para que as partes possam convencionar o regime jurídico específico de sua relação. (...) À Administração não caberia pretender interferir com o desempenho da atividade fomentada, senão no limite da verificação do respeito às condições sob as quais se decidiu fomentar*”. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro**. São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 361-362.

previstas na Lei nº 8.666/93, sendo obrigatório apenas um processo de escolha simplificado, denominado de “chamamento público”, a ser realizado pelo órgão ou entidade concedente visando à seleção de projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do ajuste.

3.4.2. Termos de Parceria com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público

Os *Termos de Parceria* disciplinados pela Lei nº 9.790/99 e pelo Decreto nº 3.100/99 consistem em parcerias firmadas com entidades pertencentes ao chamado Terceiro Setor⁴³³, especificamente constituídas sob a forma de *Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público* (OSCIP), entidades privadas, sem fins lucrativos, que recebem ou podem receber auxílio governamental para exercer atividades de natureza privada com a ajuda do Estado. A Lei nº 9.790/99, alterada pela Lei nº 10.539/02, define o Termo de Parceria como instrumento firmado entre o Poder Público e entidade qualifica como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes para o fomento e a execução de atividades de interesse público não exclusivas do Estado, em áreas como saúde, educação, assistência social, cultura, patrimônio histórico e artístico, meio ambiente, desenvolvimento sustentável, desenvolvimento econômico e social, combate à pobreza, entre outras (Art. 3º e incisos).

Para se qualificarem como OSCIPS, exige-se que as pessoas jurídicas interessadas sejam regidas por estatutos cujas normas expressamente disponham, basicamente, sobre: (i) a

⁴³³ Nos últimos anos, o denominado Terceiro Setor tem avançado sobremaneira, valendo destacar a figura das *fundações de apoio*, que são entes dotados de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, que exercem atividades de interesse público mediante a colaboração e o apoio a determinadas instituições. Essas fundações não integram a Administração, mas com ela mantém convênios, ajustes e contratos, sempre com o objetivo de cooperação com a entidade pública no desempenho mais eficiente das funções que lhe foram atribuídas por lei. Para Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, em tom crítico e descortinado, salienta que são vários os tipos de entidades que podem ser enquadradas no Terceiro Setor: “*algumas desempenham suas atividades por iniciativa própria, sem substituir atividades executadas por entidades públicas, tal como ocorre com as entidades declaradas de utilidade pública, os serviços sociais autônomos e as organizações da sociedade civil de interesse público; outras, no entanto, substituem total ou parcialmente a atuação de entidades públicas, tal como ocorre com as fundações de apoio, que se instalam dentro de órgãos e entidades públicas (em regra, universidades e hospitais públicos), utilizando seus recursos humanos e materiais para realização de atividades privadas sob regime jurídico privado, privatizando parcialmente o serviço público atribuído ao Poder Público, sem qualquer fundamento legal ou constitucional; outras foram idealizadas pelo próprio governo, com o objetivo de absorver atividades realizadas por entidades públicas, mediante também a utilização de bens públicos móveis e imóveis, bem como servidores públicos, para atuar sob regime de direito privado e controle pelo Estado*”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública – Concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 7ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 282 e ss.

observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência; (ii) a adoção de práticas de gestão administrativa, necessárias e suficientes a coibir a obtenção, de forma individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens pessoais, em decorrência da participação no respectivo processo decisório; (iii) a constituição de conselho fiscal ou órgão equivalente, dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil, e sobre as operações patrimoniais realizadas, emitindo pareceres para os organismos superiores da entidade; (iv) a previsão de que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos da Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social da extinta; (v) a previsão de que, na hipótese de a pessoa jurídica perder a qualificação instituída por esta Lei, o respectivo acervo patrimonial disponível, adquirido com recursos públicos durante o período em que perdurou aquela qualificação, será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos da Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social; (vi) a possibilidade de se instituir remuneração para os dirigentes da entidade que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos; (vii) as normas de prestação de contas a serem observadas pela entidade (cf. Art. 4º e incisos da Lei nº 9.790/99).

A lei estabelece como cláusulas essenciais do Termo de Parceria, entre outras: (i) a do objeto, que conterá a especificação do programa de trabalho proposto pela Organização da Sociedade Civil de Interesse Público; (ii) a de estipulação das metas e dos resultados a serem atingidos e os respectivos prazos de execução ou cronograma; e (iii) a de previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de resultado (cf. Art. 10, §2º, I, II e III), e determina que o contrato será acompanhado e fiscalizado por “*órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada, e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo*” (Art. 11), sujeitando-se também aos “*mecanismos de controle social previstos na legislação*” (§3º).

No aspecto do controle, vale ressaltar a ênfase maior dada pela Lei ao controle de resultado, em contraposição à lógica de controle de meios própria da Lei nº 8.666/93. É o que decorre da leitura do Art. 12 do Decreto nº 3.100/99: “*Para efeito do disposto no § 2o, inciso V, do art. 10 da Lei no 9.790, de 1999, entende-se por prestação de contas relativa à execução*

do Termo de Parceria a comprovação, perante o órgão estatal parceiro, da correta aplicação dos recursos públicos recebidos e do adimplemento do objeto do Termo de Parceria, mediante a apresentação dos seguintes documentos: I - relatório sobre a execução do objeto do Termo de Parceria, contendo comparativo entre as metas propostas e os resultados alcançados; II - demonstrativo integral da receita e despesa realizadas na execução; III - parecer e relatório de auditoria, nos casos previstos no art. 19; e IV - entrega do extrato da execução física e financeira estabelecido no art. 18”.

Quanto ao regime jurídico aplicável aos contratos denominados Termos de Parceria, cabe observar que – à semelhança dos contratos de gestão firmados com Organizações Sociais⁴³⁴ e dos convênios administrativos citados acima – esses contratos são firmados com o objetivo de colaboração de entidades privadas sem finalidade lucrativa com o Poder Público, razão pela qual as mesmas conclusões a respeito da maior proximidade entre o Poder Público e a iniciativa privada e a flexibilização do regime de prerrogativas podem ser aqui replicadas. Aqui também, pois, há uma flexibilização em termos de sujeição à Lei de Licitações para a celebração dos Termos de Parceria com as OSCIPS (a lei prevê a faculdade de adoção de um procedimento próprio, denominado *concurso de projetos* – Art. 23 do Decreto nº 3.100/99⁴³⁵) e uma maior margem de **consenso** no momento de estabelecimento das cláusulas contratuais, fixadas de comum acordo entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Art. 10)⁴³⁶.

⁴³⁴ A distinção maior entre as duas figuras é que, enquanto uma pode servir para a delegação de serviços públicos e são firmadas com entidades que podem ser classificadas como *paraestatais*, os Termos de Parceria são firmados com entidades do Terceiro Setor para o desempenho de atividades privadas de interesse público (sem substituir a pessoa pública). As OSCIPS, por isso, não podem receber bens públicos e servidores, devendo os recursos públicos ser depositados em conta bancária específica (conforme determina o Art. 14 do Decreto nº 3.100/99). Como observa Maria Sylvia Zanella DI PIETRO: “A grande diferença está em que a OS recebe ou pode receber delegação para a gestão de serviço público, enquanto a OSCIP exerce atividade de natureza privada, com a ajuda do Estado”. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**, 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 285.

⁴³⁵ Para escolha da entidade, o Decreto 3.100/99 apenas “permitia” (denotando facultatividade) o concurso de projetos, o que passou a ser obrigatório pelo Decreto 7.568/2011: “A escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria, **deverá** ser feita por meio de publicação de edital de concursos de projetos pelo órgão estatal parceiro para obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultoria, cooperação técnica e assessoria”.

⁴³⁶ A amplitude da **consensualidade** pode ser observada no dispositivo que elenca as cláusulas obrigatórias que deverão constar do Termo de Parceria (Art. 10, §2º), dentre as quais destaca-se: (i) a estipulação das metas e dos resultados a serem atingidos e os respectivos prazos de execução ou cronograma; e (ii) a previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de resultado. No entanto, releva destacar que esta maior margem de consensualidade foi consideravelmente reduzida, para não dizer extinta, por ocasião do Decreto regulamentador federal nº 3.100/99, que no parágrafo único do Art. 8º assim estabeleceu:

3.4.3. Outras modalidades contratuais na função de fomento

Além dos convênios administrativos e dos Termos de Parceria com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), a verdade é que são inúmeras as modalidades de contratos capazes de possibilitar a participação dos particulares no desempenho de atividades de interesse geral, como medida de fomento público. Nos últimos anos, assiste-se a um aumento considerável do número de figuras contratuais de fomento sem tipificação precisa e cuja definição decorre, sobretudo, da prática de cada instituição pública, recebendo, por isso, no âmbito de cada organização, uma nomenclatura própria para expressar – na essência – uma mesma modalidade de contrato com o objetivo de incentivar a atividade privada de relevância pública.

No âmbito do CNPQ – Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, por exemplo, os *convênios* ou *termos de cooperação* são firmados com o objetivo de incentivar e promover a pesquisa científica e tecnológica, a inovação e o desenvolvimento, bem como a capacitação de recursos humanos, oferecendo suporte às empresas que desenvolvem projetos de inovação, pesquisa e desenvolvimento e transferindo conhecimentos gerados nas instituições de ensino diretamente para o setor produtivo⁴³⁷. Outro exemplo é verificado no âmbito do CAPES - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, onde existem os chamados *acordos de cooperação*, com a finalidade de incentivar a formação e aperfeiçoamento de alunos ou professores do ensino superior, ou ainda apoiar os grupos de pesquisa brasileiros por meio do intercâmbio internacional⁴³⁸. Cite-se ainda os *termos de outorga* e os *contratos de financiamento* firmados no âmbito da FINEP -

“O Órgão estatal firmará o Termo de Parceria mediante **modelo padrão próprio**, do qual constarão os direitos, as responsabilidades e as obrigações das partes e as cláusulas essenciais descritas no art. 10, § 2o, da Lei no 9.790, de 1999”.

⁴³⁷ Um exemplo é o “Programa de Formação de Recursos Humanos (Rhae)”, que utiliza um conjunto de modalidades de bolsas de Fomento Tecnológico, especialmente criado para agregar pessoal altamente qualificado em atividades de P&D nas empresas, além de formar e capacitar recursos humanos que atuem em projetos de pesquisa aplicada ou de desenvolvimento tecnológico. Fonte: <http://www.cnpq.br/web/guest/rhae>.

⁴³⁸ No âmbito da cooperação internacional, p. ex. a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), fundação do Ministério da Educação (MEC), celebra acordos de cooperação bilaterais, com o objetivo de fomentar projetos conjuntos de pesquisa entre grupos brasileiros e estrangeiros e financiar missões de trabalho (intercâmbio de professores), bolsas de estudo (intercâmbio de alunos), além do custeio das atividades do projeto, além de fomentar o intercâmbio de alunos de pós-graduação e professores. Fonte: <http://www.capes.gov.br/cooperacao-internacional>.

Financiadora de Estudos e Projetos⁴³⁹, e, no Estado de São Paulo, da FAPESP – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo⁴⁴⁰, com o propósito de promover o desenvolvimento econômico e social por meio do fomento público (investimento) à inovação em empresas, universidades, institutos tecnológicos e outras instituições públicas ou privadas.

Há ainda, no campo do fomento à inovação, pesquisa e tecnologia, instrumentos de parceria mais complexos e arrojados, como nos dão conta os *consórcios de desenvolvimento de pesquisas*⁴⁴¹ e as diversas modalidades de parcerias com o objetivo de estímulo à constituição de parques ou *clusters* tecnológicos⁴⁴², ou ainda os convênios de cooperação firmados no

⁴³⁹ A FINEP é uma empresa pública vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia que promove o desenvolvimento econômico e social por meio do fomento público à inovação em empresas, universidades, institutos tecnológicos e outras instituições públicas ou privadas. Por meio de seus programas e chamadas públicas, a FINEP concede financiamentos reembolsáveis e não-reembolsáveis a instituições públicas e privadas. Fonte: <http://www.brasil.gov.br/sobre/ciencia-e-tecnologia/fomento-e-apoio/finep>.

⁴⁴⁰ A Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo é uma das principais agências de fomento à pesquisa científica e tecnológica do país, vinculada à Secretaria de Desenvolvimento Econômico, Ciência e Tecnologia do Governo do Estado de São Paulo. A FAPESP apóia a pesquisa e financia a investigação, o intercâmbio e a divulgação da ciência e da tecnologia produzida em São Paulo, por meio de bolsas e auxílios à pesquisa em diversas áreas do conhecimento. Fonte: <http://www.fapesp.br/2>.

⁴⁴¹ Um exemplo emblemático é o Consórcio Pesquisa Café, arranjo estratégico fundado em 1997 por importantes instituições de pesquisa e ensino, congregadas em um programa de pesquisa que tem como foco o desenvolvimento de tecnologias para todas as etapas da cadeia produtiva do café. O Consórcio Pesquisa Café é integrado por 10 instituições fundadoras (públicas e privadas), são elas: Empresa Baiana de Desenvolvimento Agrícola (EBDA), Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa), Instituto Capixaba de Pesquisa, Assistência Técnica e Extensão Rural (Incaper), Empresa de Pesquisa Agropecuária de Minas Gerais (Epamig), Instituto Agrônomo de Campinas (IAC), Instituto Agrônomo do Paraná (Iapar), Empresa de Pesquisa Agropecuária do Estado do Rio de Janeiro (Pesagro-Rio), Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (Mapa), Universidade Federal de Lavras (Ufla) e Universidade Federal de Viçosa (UFV). O Consórcio é responsável pela concepção e execução do Programa Nacional de Pesquisa e Desenvolvimento do Café, com o objetivo é gerar e transferir conhecimentos e tecnologias que ampliem a competitividade da cadeia produtiva do café brasileiro. O Programa também atua como braço científico e tecnológico do Ministério da Agricultura e do Conselho Deliberativo da Política do Café (CDPC), instância colegiada que tem por finalidade maior aprovar políticas para o setor cafeeiro. Fontes: <http://www.consorciopesquisacafe.com.br/> e <http://www.embrapa.gov.br/>.

⁴⁴² Em geral, o Poder Público estimula a formação de um núcleo tecnológico por meio de subsídios fiscais e creditícios, fornecimento da infraestrutura necessária para a instalação do pólo (doação de terrenos etc), financiamento do empreendimento, investimento em marketing necessário à promoção do pólo, na tentativa de atrair novas empresas. As primeiras experiências brasileiras na formação de Parques Tecnológicos são a de São José dos Campos, onde se encontram a Embraer, o Centro Técnico Aero-Espacial (ITA), o Instituto de Pesquisas Espaciais (INPE) e algumas empresas privadas do setor de componentes para a indústria aeronáutica; e a de Campinas onde se encontra a Unicamp, que, juntamente com a Prefeitura, incentiva o desenvolvimento de Pólos Tecnológicos. É possível, também, que o Estado atue diretamente através de participação em Sociedades de Propósito Específico ou fundos que tenham por objetivo o desenvolvimento da inovação tecnológica. Tal possibilidade é expressamente prevista na Lei Complementar do Estado de São Paulo nº 1.049/2008, que estabelece medidas de incentivo à inovação tecnológica, à pesquisa científica e tecnológica, ao desenvolvimento tecnológico, à engenharia não-rotineira, à informação tecnológica e à extensão tecnológica em ambiente produtivo ou social, visando alcançar a capacitação e o desenvolvimento industrial e tecnológico internacionalmente competitivo do Estado de São Paulo. A seguir, são transcritos os dispositivos autorizadores destas dessas modalidades de parcerias institucionais: “Artigo 21 - O Estado, suas autarquias, fundações e empresas por ele

âmbito da Lei de Inovação entre Instituições Científicas Tecnológicas (ICT) e empresas privadas para compartilhamento de laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e instalações (cf. Lei nº 10.973/04)⁴⁴³, e as parcerias estratégicas firmadas com Instituições Científicas e Tecnológicas (ICTs) no âmbito da Lei Federal nº 12.598/12 (Lei que regula as contratações voltadas à Defesa Nacional)⁴⁴⁴.

Em comum, todas estas formas de parcerias apresentam um equilíbrio maior entre contratante e contratado – especialmente se comparadas com os modelos de contratos administrativos clássicos –, a ponto de se aproximarem bastante dos contratos firmados no domínio das relações privadas (entre pessoas privadas). A verdade é que, se interessa ao próprio Estado a formalização desses arranjos contratuais com o fim de despertar o interesse dos agentes privados para áreas que são, na essência, de relevante interesse público – em muitos casos consideradas vitais para o desenvolvimento do país –, nada mais coerente do que o Estado se colocar, nesses ajustes, em posição de igualdade em relação aos particulares que com ele contribuem na concretização dessa missão.

*controladas, direta ou indiretamente, poderão **participar do capital social de sociedade de propósito específico**, visando ao desenvolvimento de projetos científicos ou tecnológicos para a obtenção de produto ou processo inovador de interesse econômico ou social. (...) Artigo 23 - O Estado, suas autarquias, fundações e as empresas por ele controladas, direta ou indiretamente, poderão **participar, na qualidade de cotistas, de fundos mútuos de investimento com registro na Comissão de Valores Mobiliários - CVM**, destinados à aplicação em carteira diversificada de valores mobiliários de emissão de empresas cuja atividade principal seja a inovação tecnológica, conforme regulamentação e nos termos da legislação federal vigente”.*

⁴⁴³ O principal objetivo da Lei de Inovação brasileira foi estimular a construção de ambientes especializados cooperativos de inovação. Ao mesmo tempo, a lei permitiu que as ICT celebrem com empresas privadas (i) contratos de transferência de tecnologia e de licenciamento para outorga de direito de uso ou se exploração de criação por ela desenvolvida (cf. art. 6º da Lei nº 10.973/04); e (ii) acordos de parceria para a realização de atividades conjuntas de pesquisa científica e tecnológica e desenvolvimento de tecnologia, produto ou processo (cf. art. 9º da Lei nº 10.973/04). Tal marco regulatório foi fundamental para permitir que instituições de ensino e pesquisa públicas contratem com empresas privadas de forma mais flexível do que nos moldes de contratações administrativas previstos na Lei nº 8.666/93.

⁴⁴⁴ Nos termos dessa Lei, para concorrer nas licitações que visem ao fornecimento de Produtos de Defesa – PRODE (todo bem, serviço, obra ou informação utilizados nas atividades finalísticas de defesa) ou Sistema de Defesa – SD (todo meio de interação dos PRODEs) que sejam considerados Produtos Estratégicos de Defesa – PED (todo PRODE ou SD com *conteúdo tecnológico de interesse estratégico* para a defesa nacional), as pessoas jurídicas devem credenciar-se junto ao Ministério da Defesa para receberem o título de Empresa Estratégica de defesa – EED, mediante comprovação do conhecimento científico ou tecnológico próprio ou em **parceria com Instituição Científica e Tecnológica (ICT)**. A Lei assegura às EEDs a concessão de benefícios como isenção tributária (PIS/COFINS e PIS/COFINS-importação, IPI e IPI-importação) e financiamentos.

3.5. Contratualidade na exploração de atividade econômica pelo Estado

Pode-se ainda identificar a *contratualidade* na função de intervenção do Estado na economia, manifestada sempre quando estivermos diante de “*contratos de joint ventures, consórcios empresariais ou mesmo parcerias institucionais em que o Poder Público participa como minoritário de uma sociedade, no âmbito da qual pactua mediante acordo de acionistas (o que não deixa de ser uma espécie de contrato, vale dizer), garantias de governança e mecanismos de proteção de seu investimento*”⁴⁴⁵. Embora a atuação estatal na exploração direta de atividade econômica se dê de modo subsidiário por imperativo constitucional (é o que dita o Art. 173 da Constituição Federal vigente, combinado com o disposto no Art. 170⁴⁴⁶), ainda é frequente o uso desta modalidade de intervenção no domínio econômico⁴⁴⁷ pelo Estado brasileiro⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Do contrato administrativo à administração contratual**, in Revista do Advogado, volume 107, São Paulo: AASP, dezembro de 2009.

⁴⁴⁶ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por im assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV – livre concorrência. (...) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (...) Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

⁴⁴⁷ Vale lembrar que, ao lado do fomento e da normatização e regulação da atividade econômica, a terceira forma de intervenção do Estado no domínio econômico é a exploração direta de atividade econômica por meio de empresas estatais (empresas públicas ou sociedades de economia mista). É o que ensina a doutrina de Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO: “*Considerando-se panoramicamente a interferência do Estado na ordem econômica, percebe-se que esta pode ocorrer de três modos; a saber: (a) ora dar-se-á através de seu ‘poder de polícia’, isto é, mediante leis e atos administrativos expedidos para executá-las, como ‘agente normativo e regulador da atividade econômica’ – caso no qual exercerá funções de ‘fiscalização’ e em que o ‘planejamento’ que conceber será meramente ‘indicativo para o setor privado’ e ‘determinante para o setor público’, tudo conforme prevê o art. 174; (b) ora ele próprio, em casos excepcionais, como foi dito, atuará empresarialmente, mediante pessoas que cria com tal objetivo; e (c) ora o fará mediante incentivos à iniciativa privada (também supostos no art. 174), estimulando-a com favores fiscais ou financiamentos, até mesmo a fundo perdido*”. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 765.

⁴⁴⁸ Basta voltar os olhos para o setor financeiro para perceber o conteúdo intervencionista do Estado brasileiro na exploração desta atividade econômica, notadamente em vista da atuação do BNDES - Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, do Banco do Brasil e da Caixa Econômica Federal. Como relata Mario Gomes SCHAPIRO em estudo aprofundado sobre o tema: “...uma análise mais detida revela que o BNDES continua a desempenhar um papel relevante no desenvolvimento econômico do país, particularmente, ao conceder recursos para operações de maior risco e prazo de maturação, superando assim os limites ainda existentes no mercado financeiro privado. (...) o BNDES, o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal continuam exercendo um papel expressivo na provisão de recursos de longo prazo. Mesmo com o incremento do sistema bancário privado, as operações financeiras de monta, voltadas aos projetos industriais, no caso do BNDES, ou ao setor agroexportador, no caso do Banco do Brasil, continuam sendo realizadas pelos bancos públicos federais. O incremento do segmento privado não modificou, na realidade, um dos elementos constitutivos da alternativa financeira brasileira: o papel dos agentes financeiros estatais na provisão dos recursos de longo prazo e de alto

Quando assim o faz, o Estado necessita criar veículos para a sua atuação. São as empresas públicas e sociedades de economia mista, as quais se submetem, de acordo com o §1º do Art, 173 da CF (com as modificações introduzidas pela EC 19/98) ao mesmo regime aplicável às empresas privadas: “*A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...) II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias; III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública*”.

O tema da sujeição das empresas públicas e das sociedades de economia ao regime jurídico de direito privado, no entanto, comportou inúmeros debates na doutrina e jurisprudência pátrias, até se pacificar o entendimento segundo o qual “*as empresas estatais subordinam-se a regimes jurídicos diversos conforme foram exploradoras de atividade econômica ou prestadoras de serviços públicos*”⁴⁴⁹. Com relação aos contratos firmados por elas, contudo, a tendência da doutrina é igualmente submetê-las ao estatuto geral de contratações do Poder Público (Lei nº 8.666/93), conforme se infere da opinião de Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO:

“Cumpre apenas observar que há exagero na dicção do §1º ao art, 173, pois, se é fato que as entidades em causa se submetem basicamente ao Direito Privado, não menos verdade é que sofrem o *influxo de princípios e normas publicísticos*, a começar por uma séria deles radicados na própria Constituição, (...) o próprio parágrafo em questão refere, no inc. III, sua sujeição a ‘licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações’ – exigências, estas, que, obviamente, não se propõem para a generalidade das empresas privadas. Por força disto, então, é visível que **não** estão submetidas

risco”. **Novos parâmetros para a intervenção do Estado na Economia: persistência e dinâmica na atuação do BNDES em uma economia baseada no conhecimento.** Tese de Doutorado apresentada no Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2009, p. 261 e 269.

⁴⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 6ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 264, seguindo a trilha de distinção traçada por Eros Roberto GRAU (*Atividade Econômica e Regulação*, Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 3, 2003, p. 445). É claro, contudo, que o tema comporta um nível de complexidade muito maior, incabível de discussão em sede da presente Dissertação. Tal complexidade é destacada pelo mesmo autor quando destaca o exercício cumulativo por uma única entidade administrativa de atividades que se enquadram como serviços públicos e, ao mesmo tempo, de atividades consideradas atividades econômicas. O autor cita, como exemplo de tratamento jurisprudencial desta questão, o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na apreciação do RE 229.696, onde se discutiu o regime jurídico aplicável à Empresa de Correios e Telégrafos (ECT), para se concluir, mesmo diante do caráter híbrido de suas atividades, pela incidência do regime de direito público ante a natureza pública das atividades postais por ela desempenhadas.

ao ‘regime jurídico próprio das empresas privadas’, ao contrário do que consta da literalidade do preceito”⁴⁵⁰.

Porém, quando tais companhias atuam com o objetivo de lucro – o que é ínsito a sua natureza de exploradoras de atividade econômica, especialmente quando há concorrência outras empresas privadas –, obviamente a manifestação da contratualidade não se resume às contratações tradicionais de obras, serviços, compras e alienações⁴⁵¹. Há uma gama bastante diversificada de soluções contratuais – basicamente todas aquelas à disposição das empresas privadas – que tornam possível a atuação da companhia estatal em regime de competição, incluindo acordos de parcerias estratégicas com outras empresas do mercado (os chamados consórcios empresariais ou *joint ventures*) ou ainda a participação do Poder Público como sócio minoritário de outra sociedade empresária privada. Embora estes dois exemplos não esgotem todos os arranjos empresariais possíveis, a análise um pouco mais detida de ambos dará conta de demonstrar o sentido de *contratualidade* na exploração estatal de atividade econômica que aqui se pretende oferecer.

3.5.1. Consórcios empresariais e *Joint Ventures*

Como bem destacou WALD em sua obra sobre o Direito de Parceria, é bastante comum no cenário empresarial a associação de empresas concorrentes sob a forma de consórcio ou *Joint Venture*, ou ainda a participação conjunta em empreendimentos mediante a criação de Sociedades de Propósito Específico (as conhecidas “SPEs”), com a finalidade de

⁴⁵⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 780. É possível encontrar o mesmo entendimento na jurisprudência: “I – O Banco de Brasília, sociedade de economia mista, conforme art. 4º, alínea c, do Decreto-Lei nº 200/67, é Órgão da Administração Pública Indireta e, como órgão desta categoria, para adquirir bens e contratar obras e serviços de terceiros, deve sujeitar-se à realização de licitação pública (...)”. RESP nº 470.329/DF, Primeira Turma. Rel. Min. Francisco Falcão. Julg. 20/04/06.

⁴⁵¹ Mesmo nesses casos, de contratos que visem à execução de obras, serviços, compras e alienações, é de se questionar a incidência do regime rígido da Lei de Licitações e Contratações Públicas (Lei nº 8.666/93). Veja-se o exemplo da Petrobrás S.A. e a controvérsia envolvendo o Decreto nº 2745/1998 (licitação simplificada da Petrobrás). Em sede do Mandado de Segurança nº 25888 MC-DF - STF, impetrado pela PETROBRÁS contra ato do Tribunal de Contas da União que determinou à impetrante e seus gestores que se abstenham de aplicar o Regulamento de Procedimento Licitatório Simplificado, aprovado pelo Decreto nº 2.745/88, o Ministro Relator reconheceu que a Emenda Constitucional nº 9/95 acabou com o monopólio do exercício da atividade de exploração do petróleo, passando a Petrobrás a exercer atividade econômica em regime de livre competição com as empresas privadas concessionárias, o que justificaria a submissão legal da Petrobrás a um regime diferenciado de licitação. Isto porque a livre concorrência pressupõe a igualdade de condições entre os concorrentes, o que não ocorreria caso a Petrobrás tivesse que observar as regras rígidas da Lei nº 8.666/93.

conjugar esforços na produção, distribuição, pesquisa, exportação etc⁴⁵². Quando o Estado atua na exploração de atividade econômica não é diferente. Muitas vezes é preciso congrega esforços e recursos (materiais e humanos) com outros atores empresariais para o desempenho eficiente de suas atividades econômicas, sempre visando o objetivo imediato da atuação estatal nesta seara (a obtenção de lucro) para que assim, indiretamente, possa ser alcançada a finalidade de interesse público que motivou a intervenção estatal naquele determinado setor da economia (desenvolvimento econômico, estímulo à concorrência ou à produção, entre outras causas possíveis).

Em estudo sobre as Parcerias Público-Privadas na experiência internacional, Diogo Rosenthal COUTINHO destaca no cenário britânico, entre os tipos de projetos classificados como PFIs (*Private Finance Initiative*), justamente as *Joint Ventures* em que “os setores público e privado participam conjuntamente, mas nos quais o setor privado tem controle dos procedimentos e decisões relevantes”. Segundo o autor, os requisitos para a formação de *Joint Ventures* no ordenamento britânico são: “(a) a escolha do parceiro privado deve se dar por meio de concorrência; (b) o controle da JV deve ficar com o setor privado; e (c) a contribuição do Governo deve ser claramente limitada e definida, bem como a alocação de custos, retorno e riscos, sendo a responsabilidade por estes últimos, mais uma vez, privada”⁴⁵³.

Ainda analisando o modelo britânico, o autor destaca a amplitude do conceito de *Joint Venture* naquele país, onde a participação do setor público pode se dar de diferentes formas: por meio de empréstimos, participação acionária (minoritária), transferência de ativos, prestação de serviços secundários ou associados – incluindo as diferentes combinações possíveis, sendo possível ainda que governo contribua com orientações no planejamento e oferecimento de subsídios⁴⁵⁴.

No Brasil, não há uma definição clara de *Joint Venture* no setor público. O conceito é utilizado com o mesmo sentido do Direito privado, onde a doutrina a define de forma ampla como “todo vínculo jurídico estabelecido entre dois ou mais empresários com o objetivo de,

⁴⁵² WALD, Arnaldo. **O direito de parceria e a nova Lei de concessões: análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 32-34.

⁴⁵³ COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Parcerias Público-Privadas: Relatos de algumas experiências internacionais**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias Público-Privadas**. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 55.

⁴⁵⁴ Id. Ibid., p. 55.

*mediante a combinação de esforços e de recursos financeiros, realizar uma determinada atividade, negócio ou empreendimento comum (empresa)”*⁴⁵⁵. Os consórcios empresariais, por sua vez, situam-se como espécie do gênero *Joint Venture* e caracterizam-se em nosso ordenamento por permitirem a associação empresarial sem que disto resulte a criação de nova pessoa jurídica, nos termos do que prevê o §1º do Art. 278 da Lei das Sociedades por Ações (Lei Federal nº 6.404/76): “*As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo. § 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade*”.

Mas o fato é que, igualmente como no setor privado, o Estado brasileiro também participa de arranjos empresariais formatados como consórcios empresariais ou *Joint Ventures* para o melhor desempenho de suas atividades econômicas, especialmente em setores da economia em que a iniciativa privada se mostra mais avançada em termos de tecnologia e inovação (o que desperta o interesse do Estado para a aquisição de *know how*), ou em setores pouco desenvolvidos empresarialmente, nos quais a atuação do Estado é fundamental para o progresso daquele determinado setor. Os exemplos mais expoentes de consórcios empresariais com a participação do Estado no Brasil são provenientes do setor de Óleo e Gás, onde os riscos envolvidos e o volume de capitais aplicados sempre levaram o Estado e os agentes privados a formularem parcerias empresariais com o objetivo de, através da cooperação, proporcionar a mitigação dos riscos e o aumento da capacidade de investimento. Não raro, os acordos firmados contam com a presença do Estado como associado, que costuma atuar por intermédio de sua empresa estatal petrolífera, condição em que o Poder Público figura como um sócio do

⁴⁵⁵ O conceito é cunhado por Eduardo Goulart PIMENTA (**As Modalidades de Joint Ventures ou Parcerias Empresariais no Direito Brasileiro**, Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v.3 n.1/2 p. 312 jan./dez. 2006) a partir dos ensinamentos de José Maria Rossani GARCEZ (**Curso de direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 214); e Maristela BASSO (**Joint Ventures: manual prático das associações empresariais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 41). O autor cita ainda o estudo do jurista português José Augusto Q. L. Engrácia ANTUNES (**Os grupos de sociedades: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária**. Coimbra: Almedina, 1993. p. 71) para destacar o caráter abrangente das *Joint Ventures* na prática internacional: “*O termo joint-venture generalizou-se na prática internacional dos negócios para designar um amplíssimo sector de acordos comerciais entre empresas, vocacionados à realização das mais variadas formas de colaboração e inter-relação econômica. Tais acordos podem possuir uma natureza puramente contratual ('unincorporated joint venture', 'contrato de consórcio') ou dar inversamente origem à criação de um novo ente societário ('incorporated joint venture')*”.

empreendimento, inclusive na partilha de riscos e vantagens oriundas das operações desenvolvidas conjuntamente com as sociedades não estatais⁴⁵⁶.

O relevante a ser destacado é que, nestas modalidades de parcerias empresariais da quais o Estado participa com o objetivo imediato de obtenção de lucro (protocolos de entendimentos, instrumentos de constituição de consórcios, estatutos sociais e outras modalidades atípicas), observa WALD: “*a doutrina e a jurisprudência chegaram a certas conclusões que se aplicam perfeitamente à parceria no seu sentido amplo, concluindo que nela se exige o mais alto padrão de lealdade e de boa-fé de todos os parceiros, que devem cooperar para que a parceria dê a todos os interessados os maiores proveitos possíveis*”⁴⁵⁷. Trata-se, como destaca o autor, “*da uberrima fides que caracteriza as relações entre os sócios na partnership do direito inglês e que os franceses consideram como sendo ‘une loyauté renforcée’ ou a mais delicada das lealdades, na terminologia da Suprema Corte norte-americana*”.

Por isso é que não faz muito sentido pretender-se aplicar um regime jurídico rígido de prerrogativas estatais, sendo mais adequado remeter a disciplina desses ajustes às regras

⁴⁵⁶ Um exemplo relativamente recente de arranjo empresarial no setor de Óleo e Gás é o regime de **partilha de produção** para pesquisa e exploração de hidrocarbonetos localizados nas áreas do pré-sal, disciplinado na Lei nº 12.351/10. Nessa modelagem, o contratado exerce, por sua conta e risco, as atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural e, em caso de descoberta, é ressarcido dos correspondentes custos pela União, tendo ainda direito ao recebimento de parte do excedente em óleo nas proporções estabelecidas no contrato de partilha de produção (art. 2º, I). A exploração dos blocos contratados sob o regime de partilha de produção terá, obrigatoriamente, a Petrobras — sociedade de economia mista — como única operadora dos projetos, a quem ficou assegurada **participação mínima de 30% nos consórcios** (arts. 4º e 10, “c”), quando não a exclusividade do empreendimento, com dispensa de licitação, conforme a ser decidido discricionariamente pelo Poder Público (arts. 8º, I, e 12). No modelo regulatório previsto na Lei nº 12.351/2010, os agentes habilitados para explorar as atividades de pesquisa e lavra de hidrocarbonetos nas áreas do pré-sal deverão, também, antes de assinarem o contrato de partilha de produção com a União, firmar com a Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. – Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA) um **instrumento de “consórcio”**, que funcionará como veículo societário incumbido da execução direta e indireta das atividades, encarregado da “gestão dos contratos” de partilha de produção e de comercialização de petróleo e gás natural, sem assumir os riscos e nem responder pelos custos e investimentos referentes às atividades de exploração e produção petrolíferas (§§1º e 2º, art. 8º). Vale ressaltar que, devido a esta forma de participação da empresa pública, o modelo de “parceria” delineado no marco regulatório de exploração do pré-sal já sofre críticas por aparentemente “subverter” alguns dos paradigmas jurídico-associativos elementares das parcerias, “na medida em que aqui se terá uma empresa pública, não operadora, com amplos poderes de controle sobre a gestão empresarial dos projetos”, sem a obrigação de aportar recursos nas operações e nem assumir os riscos inerentes à atividade petrolífera, embora seja permitido lucrar com ela. Para mais, ver: PRISCO, Alex Vasconcellos. **Atuação da Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A.: Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA): gestão e risco no regime jurídico-regulatório dos consórcios constituídos no âmbito do sistema de partilha de produção**. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 9-44, abr./jun. 2011.

⁴⁵⁷ WALD, Arnoldo. **O direito de parceria e a nova Lei de concessões: análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 32-34.

aplicáveis no âmbito do Direito privado, ainda que combinadas, na medida do necessário, com o Direito público (ver tópico 5.4.). O desafio aqui, contudo, será o quanto, ou melhor, qual a intensidade que o Direito Público deve se fazer presente para “preservar” a observância dos princípios da Administração e a “salvaguarda” do “interesse público”, sem com isso subverter a lógica de cooperação, da igualdade e do equilíbrio ínsita a estas espécies de acordos⁴⁵⁸.

3.5.2. O poder público como sócio minoritário

Embora alguns casos de participação societária minoritária do Estado possam ser tratados como modalidade de fomento (quando o aporte de capital tem o propósito de estimular a atividade empresarial privada, p.ex.), o ingresso do Estado como acionista de uma sociedade empresária, sem o poder de controle, situa-se mesmo, muitas vezes, no campo da exploração de atividade econômica em caráter subsidiário (Art. 173 da CF), como espécie de parceria empresarial de que tratamos acima, servindo apenas para garantir ao mercado seu livre – porém satisfatório – funcionamento⁴⁵⁹. Como salienta SCHAPIRO, a emergência de novos atores de peso na economia global, notadamente Brasil, Rússia, China e Índia (BRICs) e a evolução dos processos de criação e produção, somados à globalização dos mercados e à crise financeira de 2008 – que irradia seus efeitos até o presente –, resultaram na necessidade de maior abertura à colaboração institucional entre os atores estatais e privados⁴⁶⁰.

Em outras palavras, permite-se a criação de arranjos institucionais que representam uma verdadeira soma de esforços entre o setor público e a iniciativa privada para o alcance de

⁴⁵⁸ O problema, por isso, a nosso ver, não comporta um solução tão aberta de aplicação de normas de Direito público na medida do necessário para derogar parcialmente o Direito privado, o que, na prática, acaba levando a aplicação do regime de Direito público (acompanhado das prerrogativas de ação unilateral), sempre que ao Estado assim interessar (conforme lhe permite, inclusive, o Art. 62, §3º, I da Lei de Licitações e a interpretação extensiva que a doutrina lhe faz). Como procuraremos demonstrar ao longo da presente Dissertação, a questão é hoje muito mais complexa, e implica numa verdadeira revisão do paradigma da dicotomia “público X privado” em matéria de contratos da Administração, cabendo, por isso, a nosso ver, repensar o regime aplicável a estas espécies de pactos empresariais de maneira a oferecer-lhes, no mínimo, algumas balizas seguras para a sua adequada conformação em termos de regime jurídico aplicável.

⁴⁵⁹ A Constituição Federal de 1988 admite essa participação no art. 37, XX, dependendo de autorização legislativa. Na visão de Marçal JUSTEN FILHO: “Assim se impõe em homenagem ao princípio da legalidade, que restringe a utilização dos recursos públicos. Não se pode admitir que recursos públicos sejam transferidos para entidades privadas sem autorização legislativa. Ademais, tal é decorrência do próprio art. 37, incisos XIX e XX da CF”. **Curso de Direito Administrativo**, 6ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 289.

⁴⁶⁰ SCHAPIRO, Mario Gomes. **Novos parâmetros para a intervenção do Estado na Economia: persistência e dinâmica na atuação do BNDES em uma economia baseada no conhecimento**. Tese de Doutorado apresentada no Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2009, p. 140.

metas empresariais de interesse comum, nos quais o Estado, no papel de acionista minoritário, tem a possibilidade “*imobilizar parcela menor de seus recursos, podendo alocá-los em projetos variados, e, assim, diversificar seus riscos*”⁴⁶¹, valendo-se do capital, da expertise e da eficiência do parceiro estratégico privado para o melhor cumprimento de seus objetivos de interesse público⁴⁶².

O desafio introduzido por esta forma de cooperação entre atores públicos e privados – quando o Estado deixa ao particular o poder de controle da companhia – coloca-se justamente na questão atinente à proteção do interesse público, pois como seria possível conciliar o interesse do controlador privado – voltado à obtenção de lucro – com o interesse público subjacente à decisão administrativa de intervir diretamente na economia? Em geral, este problema tem sido resolvido através dos próprios instrumentos societários disponíveis em favor do Estado na sua qualidade de acionista (ainda que minoritário), através do estabelecimento de arranjos estatutários ou dispositivos de acordo de acionistas que sejam capazes de garantir às empresas estatais que a sociedade investida será conduzida de forma a contribuir para a consecução do objeto social da empresa estatal investidora, seja através da previsão (i) do poder de veto (as chamadas *golden shares*); ou (ii) do direito de eleição de parte dos conselheiros de administração⁴⁶³. De acordo com Ana Carolina RODRIGUES e Felipe Taufik DAUD:

“Esse mecanismo permite que a empresa estatal tenha poder de ingerência em relação à sociedade investida. Ainda que este arranjo não garanta ao Estado o poder de decidir as questões sociais, permite sua participação na tomada de decisões estratégicas. Isto é, o veto confere poder de barganha à empresa estatal, uma vez que seu consentimento é requisito fundamental para a aprovação de determinadas matérias em âmbito de assembleia geral. Ainda

⁴⁶¹ RODRIGUES, Ana Carolina; DAUD, Felipe Taufik. **O Estado como acionista minoritário**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 9-31, out./dez. 2012.

⁴⁶² Sim porque, mesmo quando atua na exploração de atividade econômica, o Estado deve sempre visar algum interesse público. Nesse sentido ensina Marçal JUSTEN FILHO: “(...) *deve existir um interesse estatal relevante no tocante ao desenvolvimento da atividade objeto da exploração privada. (...) Essa solução pode ser utilizada, por exemplo, como alternativa para fomentar o desenvolvimento tecnológico em setores essenciais ou para implantação de infraestruturas indispensáveis ao progresso do país*”. **Curso de Direito Administrativo**, 6ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 289.

⁴⁶³ Há possibilidade ainda de outras medidas para assegurar a participação efetiva da entidade estatal na condução dos assuntos da Companhia, como: (i) o direito de preferência em casos de transferência ou subscrição de ações; (ii) o condicionamento da transferência de ações da companhia privada investida à aprovação da sociedade estatal investidora; ou, ainda (iii) o quórum qualificado para deliberações do Conselho de Administração, assegurando à companhia estatal investidora maior poder de influência em deliberações de competência exclusiva do Conselho de Administração.

que o Estado não consiga impor sua vontade, e desta forma perseguir a finalidade pública inerente ao seu objeto social, há espaço para negociação com o setor privado. Este processo de negociação, certamente, configura importante instrumento para a harmonização dos interesses dos parceiros privado e público, e consequentemente, para a cooperação entre esfera pública e privada”⁴⁶⁴.

Os mesmos comentários feitos aos consórcios empresariais e às *Joint Ventures* são cabíveis aqui em relação ao regime jurídico aplicável a estas novas fórmulas contratuais de que participa o Estado contemporâneo. O regime jurídico aplicável à atividade da sociedade e à convivência entre os sócios não se coaduna com o regime jurídico administrativo típico, sendo, portanto, impensável e despropositado imaginar-se, por exemplo, que o sócio estatal pudesse exercer prerrogativas de modo a unilateralmente modificar as disposições do estatuto da Companhia ou do acordo de acionistas firmado consensualmente⁴⁶⁵, o que não dispensa, por

⁴⁶⁴ RODRIGUES, Ana Carolina; DAUD, Felipe Taufik. **O Estado como acionista minoritário**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 9-31, out./dez. 2012. Os autores citam alguns exemplos desses arranjos na experiência nacional, como os casos (i) da Sanequa Mairinque S.A., sociedade constituída em parceria pela Foz do Brasil S.A., detentora de 70% do capital social da companhia, e Sabesp, detentora de 30% do capital social, cujo objeto social consiste em explorar a concessão do serviço público de água e esgoto do Município de Mairinque, Estado de São Paulo, onde as deliberações sociais relativas a alterações no objeto social da companhia e em seu estatuto social; transformação, fusão, incorporação e cisão da companhia, sua dissolução e liquidação; autorização para emissão de debêntures e valores mobiliários, inclusive bônus de subscrição; e aumento, redução ou abertura de capital, entre outras, dependem de voto favorável de acionistas da companhia que representem, no mínimo, 71% do capital social votante, o que, na prática, significa o direito de veto a favor da Sabesp em relação às matérias sujeitas ao quórum qualificado; e (ii) da Attend Ambiental S.A, companhia constituída pela Estre Ambiental S.A.; ou, ainda (ii) da Águas de Andradina S.A., empresa prestadora de serviços públicos de água e esgoto no Município de Andradina, Estado de São Paulo, cujo estatutos sociais prevêem cláusulas semelhantes em relação ao direito de veto da Companhia estatal. Podemos acrescentar ainda o exemplo da INFRAERO, que está expressamente autorizada pelo art. 4º, §1º, da Lei nº 5.862/79 e pelo art. 5º, V, de seu Estatuto Social, a constituir vínculos de parceria empresarial, a exemplo da constituição de sociedades. Para a constituição de Sociedades de Propósitos Específicos, na qual a Infraero seja minoritária, há, da mesma forma, expressa autorização legal (art. 6º, inc. IV, da Lei nº 5.862/72) e estatutária (art. 9º, inc. IV). Recentemente, aliás, fazendo valer a autorização legislativa, o modelo de participação minoritária da INFRAERO foi adotado nas concessões dos Aeroportos de Guarulhos, Brasília e Viracopos (Campinas), modelo que será replicado nas concessões dos Aeroportos do Galeão (Rio de Janeiro) e Confins (Minas Gerais), conforme informações constante do site da ANAC: <http://www.aviacaocivil.gov.br/noticias/2013/05/anac-divulga-minuta-de-edital-de-concessao-de-galeao-e-confins-1>. Acesso em 25 de outubro de 2013. Outros exemplos ainda são o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDES), sobretudo mediante o BNDES Participações (BNDESPAR); e, no âmbito do Estado de São Paulo, a Lei Paulista de Inovação Tecnológica – Lei nº 049/2008, que autoriza os órgãos e entidades da Administração paulista a participarem, de forma minoritária, de sociedades com a finalidade de aportar recursos a empresas que explorem criação desenvolvida no âmbito dos Institutos de Ciência e Tecnologia do Estado de São Paulo.

⁴⁶⁵ Sobre este tema, confira-se a abalizada opinião de Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA: “Ademais, no caso das sociedades e associações, por se dar origem a nova pessoa jurídica – a qual passa a seguir um regramento jurídico interno, próprio de seu modo de ser –, não seria cabível supor que um sócio ou associado, simplesmente por sua natureza estatal (e não por um critério de controle de capital, ou de maioria em órgão colegiado), pudesse exercer prerrogativas de modo a unilateralmente modificar tal regramento. Esta possibilidade operaria no sentido contrário da estabilidade que o Direito pretender conferir à situação pelo meio da criação da nova pessoa”. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco**

outro lado, a necessidade do estabelecimento de mecanismos que assegurem os interesses do acionista público através da previsão de “poderes societários” – não prerrogativas públicas –, destinados a impedir condutas empresariais incompatíveis com a realização do interesse público.

3.6. Contratualidade na execução indireta de obras e serviços de engenharia

Até mesmo no típico âmbito de aplicação da Lei Geral de Contratações Públicas (Lei nº 8.666/93), ou seja, na execução indireta de obras e serviços de engenharia, nota-se a maior aproximação entre as partes contratantes e o maior equilíbrio em termos de direitos, obrigações e prerrogativas de uma parte em face da outra. Além de inúmeros projetos de lei que pretendem alterar a própria Lei nº 8.666/93, recentemente assistimos à aprovação de uma Lei Federal que **afasta** a aplicação da Lei Geral de Contratações em determinadas situações, estabelecendo um regime próprio para os contratos administrativos celebrados sob a sua alçada. Trata-se da Lei Federal nº 12.462, de 5 de agosto de 2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), criado com o objetivo principal de viabilizar, em tempo hábil, a implementação da infraestrutura necessária para a realização da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos de 2016⁴⁶⁶.

Expressamente, o § 2º do art. 1º prevê o “*afastamento das normas contidas na Lei n.º 8.666...*” caso o contratante opte pelo RDC, salvo quando a própria lei determine a sua aplicação. Uma vez adotado o regime diferenciado, o administrador terá à disposição um rol bastante amplo de instrumentos novos no campo da gestão contratual pública, desde a etapa de escolha do contratado (licitação)⁴⁶⁷ até a fase de execução do objeto contratual, que tornam o

no direito brasileiro. São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. p. 362.

⁴⁶⁶ Conforme disposto no artigo 1º da referida Lei, o regime poderá ser adotado nas licitações e contratos necessários à realização: (a) dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes na Carteira de Projetos Olímpicos definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); (ii) (b) da Copa das Confederações de 2013 e da Copa do Mundo de 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, àquelas constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e municípios e; (c) de obras de infraestrutura e serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350km das cidades sede dos referidos eventos.

⁴⁶⁷ Em suma, as principais inovações nesta etapa da licitação são: (i) orçamento sigiloso (art. 6º, §3º): o art. 6º estabelece que o orçamento previamente estabelecido para a licitação somente será revelado publicamente após o encerramento do certame (caput), salvo em dois casos, quando o valor virá publicado no edital: (i) julgamento por maior desconto (§ 1º) e (ii) julgamento por melhor técnica (§2º). O acesso, antes do fim do certame, ao valor previamente orçado, será restrito aos órgãos de controle interno e externo, a qualquer tempo (§ 3º). A regra fere o

novo regime efetivamente diferenciado em relação ao modelo tradicional de contratações de obras, serviços, compras e alienações no Brasil (Lei nº 8.666/93). Não cabe aqui estudar todas estas inovadoras disposições constantes da Lei do RDC, mas convém citar algumas particularidades importantes em relação às novas possibilidades em termos de regime contratual.

A grande novidade do RDC é a figura da contratação integrada⁴, a qual *"compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução das obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto"* (conforme definição do artigo 9º, §1º, da Lei nº 12.462/11). A principal peculiaridade desta nova modalidade de contratação é a desnecessidade de projeto básico para a etapa de licitação, sendo exigido apenas um anteprojeto de engenharia, que compreende os: *"documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, incluindo a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado, aos padrões de segurança, à estética do projeto arquitetônico, à adequação*

princípio da publicidade (artigo 37, caput, CF)? É possível enxergar prós e contras com a medida. Por um lado, argumenta-se que a parcial ocultação do orçamento pode favorecer licitantes que, ilegalmente, tenham acesso aos valores que pretende a Administração Pública dispor com a contratação. Por outro, a não divulgação do orçamento pode conceder à Administração Pública maior poder de negociação, já que nenhum licitante saberá, *a priori*, o valor que estará o Poder Público disposto a pagar pelo trabalho, reduzindo-se, em tese, o valor das propostas; (ii) a inversão de fases da licitação como regra geral: O parágrafo único do art. 12, que estabelece a ordem das fases do procedimento licitatório, inverte a sequência de fases do procedimento licitatório até então estabelecida pelo art. 43 da Lei 8666. O dispositivo prevê a realização da fase de habilitação após a apresentação das propostas e do julgamento. Ou seja, a regra do RDC é: primeiro, abrem-se as propostas para, depois, habilitar-se o melhor classificado; (iii) as negociações pós-julgamento (art. 26): Este mecanismo estabelece relação com outra peculiaridade do RDC já vista acima, qual seja, a ocultação do orçamento prévio (item 2, "a"), uma vez que a omissão dá mais liberdade à Administração para reduzir o valor da proposta do licitante que apresentar melhores condições para executar o contrato. Independentemente de qual seja o critério de julgamento adotado para a licitação (preço ou desconto; técnica e preço; técnica ou conteúdo artístico; oferta de preço ou retorno econômico, hipóteses dadas pelo art. 18 caput), uma vez definido o vencedor, a Administração, se achar conveniente, poderá negociar com ele o valor do contrato. Se, mesmo com a negociação o preço oferecido pelo vencedor permanecer acima do orçamento estimado, este será desclassificado, procedendo a Administração à negociação com os demais licitantes, obedecendo a ordem de classificação; (iv) fase recursal única (art. 27): Objetos passíveis de recurso: (i) julgamento das propostas / lances e (ii) habilitação do vencedor. Momento da interposição: após a habilitação do vencedor; (v) pré-qualificação permanente (art. 30): No regime da Lei nº 8.666/93 (art. 114), a pré-qualificação possui natureza eventual, ocorrendo caso a caso, a cada nova licitação. O RDC modifica isto, tornando permanente o procedimento pré-qualificatório. A pré-qualificação terá validade de um ano, como ocorria com os registros cadastrais da 8666 (art. 34), mas, com a nova regra, o procedimento ficará permanentemente aberto para inscrições de novos interessados; e (vi) licitação eletrônica: As licitações deverão ser realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a presencial.

ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, à durabilidade e aos impactos ambientais”.

O objetivo claro da Lei é transferir ao contratado maior margem de risco relacionado ao projeto e à execução do empreendimento, atribuindo às licitantes a responsabilidade da definição das soluções concretas para execução do objeto licitado. Pretende-se, com isso, superar a lógica tradicional de assunção demasiada de riscos pelo Poder Público (lógica fortemente presente na Lei nº 8.666/93). Assim, uma vez havendo a contratação sob o regime integrado, fica vedado às partes celebrarem termos aditivos, salvo duas exceções (art. 9º, § 4º, I e II): (i) equilíbrio econômico-financeiro do contrato nos casos de força maior ou caso fortuito e (ii) necessidade de readequação técnica aos objetivos da contratação até o limite de 25% do valor do contrato (remissão ao § 1º do art. 65 da Lei 8666).

Além da contratação integrada, a Lei do RDC criou ainda dois tipos contratuais novos: o *contrato de eficiência* e o *contrato de remuneração variável*. Nos termos do Art. 23, §1º e §3º da referida lei e dos Arts. 36 e 37 de seu Decreto regulamentador nº 7.581, o *contrato de eficiência* tem por objeto a prestação de serviços, podendo abranger a realização de obras e fornecimento de bens, visando a proporcionar economia à Administração, na forma de redução das despesas correntes. Nesta modalidade contratual, o contratado é remunerado com base em percentual da economia obtida, sendo que o julgamento da licitação se efetua pelo maior retorno econômico proposto (maior economia gerada para a Administração). Caso não seja realizada a economia prevista, o contratado poderá ter desconto na sua remuneração ou multa por inexecução, entre outras medidas.

O contrato de remuneração variável, por sua vez, embora não seja propriamente um tipo contratual – posto que a condição de remuneração variável pode ser incluída em qualquer modalidade de contratação prevista no Art. 8º da Lei –, merece ser tratada como tal devido à alteração que acarreta na lógica da retribuição do contrato pela execução do objeto contratado. Desde que haja motivação para a opção por esta forma de remuneração e seja respeitado o limite do orçamento fixado pela Administração, poderá ser estabelecida remuneração variável ao contratado, vinculada ao seu desempenho apurado com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega (Art. 10 e parágrafo único da Lei nº 12.462/11 e Art. 70 do Decreto nº 7.581). Uma vez alcançados os objetivos fixados, o

contratado fará jus ao recebimento de acréscimos na sua remuneração, mas não terá a sua remuneração-base descontada no caso de não cumprimento das metas estabelecidas. Aí reside a diferença entre as novas modalidades, como explica Rafael Wallbach SCHWIND:

“O contrato de eficiência apresenta diferenças marcantes em relação à remuneração variável do artigo 10 da Lei nº 12.462/2011. Nas contratações de remuneração variável, são previstas metas que representam vantagens adicionais à Administração, sendo que, se o contratado atingi-las, fará jus a um incremento (“bônus”) na sua remuneração. O não atingimento das metas adicionais não configurará um inadimplemento contratual. Trata-se, portanto, de um mecanismo de sanção premial, ou seja, de indução para a obtenção de determinados objetivos que, embora benéficos para a Administração, não são obrigatórios. **Já no caso dos contratos de eficiência, o contratado assume o dever de proporcionar uma economia à Administração, sendo que sua remuneração corresponderá a um percentual do benefício obtido.** Se o particular não obtiver a economia que se comprometeu a proporcionar, poderá ter uma redução na sua remuneração ou ainda poderá sofrer a aplicação de uma sanção por inexecução contratual”⁴⁶⁸.

Em linhas gerais, portanto, a contratação integrada, a remuneração variável e os *contratos de eficiência* constituem mecanismos que visam a incentivar a eficiência nas contratações públicas, a partir da lógica dos *contratos de risco*, como maneira de vincular a aplicação de recursos públicos à obtenção de vantagens efetivas à Administração, ou seja, ao resultado que a Administração espera obter quando celebra o contrato com o particular. Na medida em que há maior transferência de risco ao contratado, o qual fica sujeito a ter ao menos parte de sua remuneração atrelada à obtenção de certos resultados, nota-se, também nestas espécies de ajustes, uma aparente redução da ingerência da Administração na condução da execução contratual pelo contratado. Até porque não seria coerente e justo admitir a intromissão do Poder Público durante o desenvolvimento do contrato, alterando o cenário de risco considerado na proposta econômica que sustentou a contratação e reduzindo, com isso, a eficiência do contratado e a sua base de remuneração.

⁴⁶⁸ SCHWIND, Rafael Wallbach. **Remuneração variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 13, n. 70, p. 221-251, nov./dez. 2011.

3.7. Contratualidade em funções de típica autoridade estatal (o contrato como alternativa ao ato administrativo unilateral)

Ao lado das manifestações da *contratualidade* nos campos em que a atuação estatal pela via contratual é aceita sem maior dissensão – onde houve, como se viu, uma significativa evolução a partir da introdução de figuras novas e da aparente atenuação do regime rígido do contrato administrativo clássico –, a maior expressão do sentido de *contratualidade* adotado na presente Dissertação ocorre, sem dúvida, em searas onde a atuação estatal se dá, tradicionalmente, de modo imperativo e assimétrico em face dos particulares, como único meio possível de assegurar a plena satisfação dos princípios vetores do regime jurídico-administrativo: a supremacia e a indisponibilidade do interesse público.

Trata-se da inserção da *contratualidade* em funções típicas de autoridade estatal, nas quais a Administração atua pela via do ato administrativo unilateral, sem a participação ou o consenso dos destinatários. Este é o modo tradicionalmente adotado no domínio do poder de polícia estatal⁴⁶⁹, na regulação econômica⁴⁷⁰, na defesa da concorrência, no controle da Administração, no processo administrativo punitivo e disciplinar, entre outras searas. Em todas elas, em maior ou menor grau, assiste-se hoje, também no Brasil – certamente por inspiração da experiência estrangeira –, uma progressiva abertura às formas alternativas de atuação estatal, admitindo-se a sua substituição por fórmulas que buscam privilegiar o consenso em detrimento do ato unilateral.

Nesses casos, em geral, a Administração continua detentora do poder de decidir unilateralmente e de impor à outra parte a sua vontade, independentemente do acordo com o

⁴⁶⁹ Para um conceito amplo de “poder de polícia”, como “*limitação do exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público*”, ver DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 123. No Código Tributário Nacional, Art. 78, pode ser encontrado o conceito positivo do poder de polícia no Direito brasileiro: “*Considera-se poder de polícia atividade administrativa pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos*”.

⁴⁷⁰ Embora a atividade de regulação se aproxime do poder de polícia, a regulação justifica um comportamento em apartado dentro de uma lógica de que a relação do indivíduo com a administração não se trata de uma relação de sujeição geral, como ocorre no poder de polícia. A relação do regulado com a autoridade do estado passa por um acordo de premissas (pacto regulatório) dentro do sistema regulado, por isso a proposta de tratar do poder de polícia na regulação de modo apartado. Na regulação, o exercício vertical da autoridade há de ser exceção, enquanto no poder de polícia comum seja uma regra, ainda que se possa utilizar a consensualidade.

destinatário, mas prefere substituir o exercício dessa prerrogativa pelo resultado obtido com o consenso. A medida insere-se no contexto da transição da Administração autoritária para a Administração consensual aludida no capítulo II da Dissertação e, ao menos potencialmente, traz como resultado maior eficiência e redução da litigiosidade entre a Administração e os administrados. Segundo MENEZES DE ALMEIDA: “*O recuso ao módulo convencional substitutivo da decisão unilateral tem, portanto, o sentido finalístico de aproveitarem-se os benefícios inerentes aos aspectos funcionais da essência contratual, propiciando a pacificação social a partir do respeito à confiança e à palavra consensualmente dada – além de potenciais vantagens pragmáticas à celeridade e eficiência das medias almejadas*”⁴⁷¹.

Antes de percorrermos as principais modalidades de contratos (na acepção ampla aqui adotada) celebrados como alternativa ao ato administrativo unilateral no Direito Administrativo brasileiro, convém tecermos breves considerações acerca da experiência internacional que influenciou o nosso ordenamento nesta matéria.

3.7.1. Breve relato da experiência estrangeira

O primeiro sistema jurídico a prever a possibilidade da Administração optar pela celebração de contrato administrativo como alternativa ao ato administrativo unilateral foi o Direito alemão. Neste país, a Lei de Processo Administrativo de 1976, em seu §54, admite expressamente a figura do *contrato de direito público*, cabível sempre que a autoridade administrativa utiliza o meio contratual ao invés de optar pela expedição de um ato administrativo, nos seguintes termos: “*uma relação jurídica do âmbito do direito público pode ser constituída, modificada ou extinta por um contrato (contrato de direito público), desde que a lei não o proíba*”.

Na realidade, lembre-se que o sentido de contrato administrativo na Alemanha é restrito a estas espécies de ajustes (substitutivos de atos unilaterais), não havendo, como no Brasil, a figura do contrato administrativo para a contratação de bens ou serviços. Tais

⁴⁷¹ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro**. São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. p. 294.

contratações são regidas, na Alemanha, pelo Direito privado⁴⁷², razão pela qual Mark Bobela-Mota KIRKBY esclarece que o permissivo contido na Lei de Processo Administrativo alemã instituiu a fungibilidade entre as figuras do ato e do contrato administrativo naquele sistema jurídico:

“O referido preceito, consagra, portanto de forma ampla, um princípio de autonomia pública contratual, que confere à Administração uma margem de discricionariedade optativa no que concerne à escolha do instrumento através do qual pretende exercer as suas competências dispositivas. Acto e contrato passam a ser, salvo excepção, duas vias fungíveis de atuação administrativa”⁴⁷³.

Após inaugurado o tema pelo Direito alemão, a possibilidade de celebração de contratos sobre o exercício de poderes públicos passou a ser admitida em outros ordenamentos europeus, como na Itália, na Espanha e em Portugal, sob diferentes designações e abrangências. Na Itália, a Lei nº 241, de 7 de agosto de 1990, prescreve em seu art. 11 que “*a Administração competente pode concluir, sem prejuízo dos direitos de terceiros, e sempre em atendimento ao interesse público, acordos com os interessados, com o fim de determinar o conteúdo discricionário da decisão final ou, nos casos previstos em lei, a substituição da mesma*”⁴⁷⁴.

O citado artigo 11 da Lei italiana estabelece duas modalidades de acordos: os acordos integrativos (*accordi integrativi*), celebrados entre a Administração e o particular no curso do procedimento administrativo, com o objetivo de determinar o conteúdo discricionário da decisão final, sem que haja prejuízo para terceiros; e os acordos substitutivos do procedimento (*accordi sostitutivi di provvedimento*), através dos quais a Administração e o particular podem predeterminar, de forma vinculante, o conteúdo futuro da decisão administrativa. Em que pese a previsão legal expressa dessas espécies de acordos, vale ressaltar que, na Itália, parte da

⁴⁷² Curioso notar que a figura dos contratos substitutivos de atos unilaterais tenha surgido na Alemanha, cujo sistema sempre se mostrou refratário, como vimos, à ideia de negociação sobre os poderes estatais, tanto que houve forte resistência à possibilidade da Administração celebrar contratos e, mesmo quando o faz, admite-se que a atuação pela via contratual se dá no âmbito do Direito privado, justamente por ser inadmissível negociar com o interesse público. Para mais, ver ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo Contrato Administrativo. Reimpressão**. Coimbra: Almedina, 2003.

⁴⁷³ KIRKBY, Mark Bobela-Mota. **Contratos sobre o exercício de poderes públicos: o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral**. Coimbra Editora, 2011, p. 148.

⁴⁷⁴ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **Arbitragem e as Parcerias Público-Privadas**. Revista Trimestral de Direito Público nº 48/2004, São Paulo: Malheiros Editores, pp. 210-232, 2004, p. 219.

doutrina nega a natureza de contrato de Direito público desses instrumentos⁴⁷⁵, ainda que não se negue a sua eficácia vinculante.

Na Espanha, o art. 88.1 da Lei 30/1992 (Lei do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum – LRJ-PAC) configura-se como um permissivo genérico da adoção de contratos pela Administração Pública sobre o exercício da função administrativa, mediante terminação convencional do processo⁴⁷⁶. Ao lado dos pactos, convênios e contratos, os acordos administrativos foram previstos nesse artigo da lei espanhola de forma ampla e atípica, e são admitidos sempre que não contrariem o ordenamento jurídico, não tratem sobre matérias insuscetíveis de transação e visem ao atendimento de um interesse público.

A propósito do tema, o autor espanhol Luciano Parejo ALFONSO observa que a peculiaridade do ato administrativo consensual está em ser um exercício da atividade administrativa com relevância jurídica imediata, cuja consequência é a aplicabilidade do regime da atividade unilateral com as modulações impostas pela natureza *contratual* do ato administrativo consensual⁴⁷⁷. Com isso, ao invés de compreender-se o interesse público como aquele declarado pelo Estado, que implicaria na prevalência *a priori* de um interesse público invocado pela autoridade de acordo com o princípio da supremacia, a atuação administrativa consensual considera não apenas o ato administrativo como expressão do interesse público, mas também o acordo firmado entre Administração e administrado, obtido a partir da negociação da prerrogativa pública (imperativa) com a Administração.

⁴⁷⁵ Mark Bobela-Mota KIRKBY afirma, inclusive, que são minoritárias na doutrina as vozes que defendem a natureza contratual de Direito público dos acordos previstos no Art. 11 da Lei nº 241/1990. **Contratos sobre o exercício de poderes públicos: o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral**. Coimbra Editora, 2011, p. 148.

⁴⁷⁶ O mencionado dispositivo legal estipula que “as Administrações Públicas poderão celebrar acordos, pactos, convênios ou contratos com pessoas de direito público ou de direito privado, sempre que não sejam contrários ao ordenamento jurídico, nem versem sobre matérias não suscetíveis de transação e tenham por objeto satisfazer o interesse público a elas confiado, com o alcance, efeitos e regime jurídico específico que em cada caso preveja a disposição que o regule, podendo tais atos representar o término dos procedimentos administrativos, ou inserir-se nos mesmos em caráter prévio, vinculante ou não, à decisão que os finalize”. Cf. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **Arbitragem e as Parcerias Público-Privadas**. Revista Trimestral de Direito Público nº 48/2004, São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 219.

⁴⁷⁷ ALFONSO, Luciano Parejo. **Los Actos Administrativos Consensuales en el Derecho Español**, in Revista de Direito Constitucional & Administrativo, nº 13, Belo Horizonte: Fórum, julho a setembro de 2003, p. 15.

Por sua vez, o Código de Procedimento Administrativo de Portugal reconhece a existência dos chamados “*contratos administrativos com objeto passível de acto administrativo*” (Art. 185, 3, ‘a’, com redação alterada pelo Decreto-Lei nº 6/1996), assim definidos por José Manuel SÉRVULO CORREIA em sua obra intitulada “Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos”, em contraposição aos contratos com objeto passível de contrato de direito privado. Mais recentemente, com a aprovação do Código dos Contratos Públicos – CCP, por meio do Decreto-Lei nº 18/2008, o Art. 179 do CPA foi revogado e seu conteúdo foi transportado para o Art. 278, nos seguintes termos: “*na prossecução das suas atribuições ou dos seus fins, os contraentes públicos podem celebrar quaisquer contratos administrativos, salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer*”. Ao interpretar tal dispositivo, Diogo Freitas do AMARAL asseverou:

“[...] o artigo 278º do CCP confere à Administração uma habilitação genérica para, em vista da prossecução das suas atribuições, recorrer à via contratual. Os únicos limites são a lei e a natureza das relações a estabelecer. Se não existir nenhuma disposição legal que proíba expressa ou implicitamente (através da imposição da utilização do acto administrativo) o recurso à figura do contrato administrativo, e se, por outro lado, a natureza da relação a estabelecer for compatível com tal forma de actuação (o que não sucederá, tipicamente, no domínio sancionatório), a Administração pode, em princípio, utilizar o módulo contratual em alternativa ao acto administrativo para constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas administrativas”⁴⁷⁸.

Destaque-se que, no Direito português, ao contrário da Itália e da Espanha, foi reconhecida no plano normativo e doutrinário a regra da fungibilidade entre as figuras do ato e do contrato administrativo enquanto instrumentos ordinários da atuação administrativa⁴⁷⁹, confirmando-se a natureza jurídica de contrato administrativo dessas espécies de pactos

⁴⁷⁸ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. com a colaboração de Pedro Machete e Lino Torgal. Coimbra: Almedina, 2011, p. 559-560.

⁴⁷⁹ É o que explica SÉRVULO CORREIA: “*A primeira parte desta disposição reconhece expressamente a designada ‘autonomia pública contratual da Administração’, ou seja, a possibilidade genérica de qualquer entidade pública recorrer aos contratos administrativos para realizar as atribuições que estiverem a ser cargo, ainda que o efeito jurídico pretendido não esteja especificamente previsto na lei como podendo ter por fonte um contrato desta natureza – o conceito de autonomia pública contratual tem portanto um âmbito idêntico ao (conceito paralelo) de autonomia administrativa, entendida como a capacidade de que desfrutam as pessoas colectivas públicas de praticar actos administrativos (capacidade formal). (...) O contrato administrativo apresenta-se como “um modelo ou forma de acção administrativa que, como regra geral, pode ser usada em alternativa, quer ao acto administrativo, que ao contrato de direito privado, o que dá lugar, respectivamente aos contratos administrativos com objeto passível de acto administrativo e aos contratos administrativos com objeto passível de contrato de direito privado”*. SÉRVULO CORREIA, José Manuel. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coleção teses. Coimbra: Almedina, 2003, p. 36-37.

consensuais substitutivos de atos unilaterais, nota que aproxima o sistema português do marco inaugural alemão⁴⁸⁰.

Entretanto, em que pese os exemplos da experiência estrangeira, o fato é que no Brasil – assim como na França⁴⁸¹ – inexistiu um permissivo genérico para a Administração substituir o ato unilateral pela figura do acordo, pacto ou, como quiser, pelo contrato. Não há por aqui, como existe na Alemanha, Itália, Espanha e Portugal, cláusula geral que habilite a Administração Pública a recorrer ordinariamente ao contrato administrativo enquanto via alternativa à atuação unilateral⁴⁸². É o que veremos a seguir.

3.7.2. O contrato como alternativa ao ato unilateral no Brasil

Embora há tempos existam leis prevendo a possibilidade de celebração de acordos administrativos em caráter substitutivo à decisão unilateral (a exemplo da desapropriação amigável, prevista no Decreto-Lei nº 3.365/41⁴⁸³, e do termo de compromisso previsto do Decreto nº 94.764/87 em matéria ambiental⁴⁸⁴), foi a partir da década de 90 do século XX que o tema ganhou mais expressão entre nós, a partir da multiplicação de instrumentos consensuais em inúmeras normas esparsas e da maior atenção da doutrina em relação ao fenômeno consensual⁴⁸⁵. As possibilidades, contudo, são autorizadas caso a caso através de leis

⁴⁸⁰ MATOS, Federico Nunes de. **O contrato administrativo como alternativa ao ato administrativo unilateral: breve análise jurídico-comparada**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 12, n. 138, p. 9-22, jun. 2013.

⁴⁸¹ KIRKBY, Mark Bobela-Mota. **Contratos sobre o exercício de poderes públicos: o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral**. Coimbra Editora, 2011, p. 107.

⁴⁸² Com exceção da Lei de processo administrativo de São Paulo, de aplicação restrita a este Estado, ver subtópico 3.7.2.2.2.

⁴⁸³ O Decreto-Lei nº 3.365/41 é considerado o precursor da adoção do contrato como alternativa ao ato unilateral no Direito Administrativo brasileiro, quando em seu art. 10 assim autoriza: “A desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente dentro de 5 (cinco) anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará. Neste caso, somente decorrido 1 (um) ano, poderá ser o mesmo bem objeto de nova declaração”.

⁴⁸⁴ Por meio do Decreto nº 94.764/87, a Lei de Política Nacional (Lei 6.938/81) e a Lei de Estações Ecológicas e Área de Proteção Ambiental (Lei nº 6.902/81) foram alteradas para que nelas passasse a ser prevista a possibilidade de celebração de termo de compromisso entre a autoridade ambiental competente e o infrator, mediante o qual a multa poderia ser reduzida em até 90% (noventa por cento) caso o infrator adotasse as medidas para cessar e corrigir a degradação ambiental previstas no acordo.

⁴⁸⁵ Importante ressaltar que, neste período, o aumento do uso do recurso consensual não foi exclusividade do Direito Administrativo. Como anota Juliana Bonacorsi de PALMA: “De fato, a recorrente preocupação com a eficácia dos provimentos ganha força na década de 1990 e se projeta como relevante pauta de alteração de leis processuais civis, penais e administrativas. Tomada em sentido amplo, a consensualidade passou a ser considerada como mecanismo de promoção das almejadas celeridade e eficácia das decisões processuais e, nessa medida, determinou diversas reformas legislativas para positivação de termos de compromisso, termos de

específicas que delimitam as hipóteses em que o acordo será ou não permitido, apesar da doutrina mais recente admitir a celebração desses pactos mesmo na ausência de expressa previsão legal⁴⁸⁶ (sobre este tema, ver tópico 5.1.).

A seguir, o objetivo será demonstrar como o ordenamento jurídico nacional tem contemplado a possibilidade de utilização do contrato como alternativa ao ato unilateral em inúmeras legislações esparsas, sem, contudo, uma maior preocupação em delimitar um regime jurídico geral destas espécies de pactos; sem uma dedicação voltada à sistematização das hipóteses de aplicação; e pior, sem uma maior preocupação da doutrina com a identificação da natureza jurídica destas espécies de acordos administrativos. O resultado disso, como se verá, é o tratamento desuniforme e confuso dessa nova forma de atuar da Administração que a cada dia ganha mais relevo na prática administrativa⁴⁸⁷.

3.7.2.1. Contratos regulatórios no âmbito das Agências

Na atividade de regulação estatal sobre a economia (Art. 174 da CF), as próprias mudanças assistidas na atividade do Estado como agente econômico nos últimos anos são, ao mesmo tempo, a causa e também o efeito da maior permeabilidade ao *consenso* nesse campo de atuação estatal. Dizemos isto porque a passagem do Estado-provedor das necessidades

ajustamento de conduta, mediação, conciliação e arbitragem”. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador.** Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2010, p. 172-173. Nesse sentido, a autora cita, entre as principais normas processuais editadas nessa época: (i) a Lei nº 9.099/95, que instituiu os Juizados Cíveis e Criminais e criou os instrumentos da *conciliação* e da *transação penal*; (ii) a Lei 10.259/01, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, e prevê, no parágrafo único do seu Art. 10, a possibilidade da Administração Pública federal direta e indireta conciliar, transigir e desistir nos processos julgados nos Juizados Especiais; (iii) as Leis nºs 8.952/94, 8.953/94, 9.245/95 e 9.307/96, que alteraram o Código de Processo Civil para, entre outras questões, detalhar a conciliação judicial e incluir preceitos relativos à arbitragem; (iv) a Lei nº 8.197/91, que expressamente previu a possibilidade de celebração de acordos judiciais pela Administração Pública federal, posteriormente revogada pela Lei nº 9.469/97, que disciplinou a questão de modo mais detalhado.

⁴⁸⁶ Nesse sentido, ver: MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro.** São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. p. 278; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma Administração Pública mais democrática.** São Paulo: Quartier Latin, 2007; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; e CYMBALISTA, Tatiana Matiello. **Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção.** RBDP, ano 8, n.º 31. Out/Dez. 2010.

⁴⁸⁷ Para facilitar a didática, a disposição dos tópicos está ordenada de acordo com a natureza dos instrumentos, e não da atividade estatal respectiva (como fizemos até aqui), porque há instrumentos de natureza semelhante (acordos substitutivos de sanção, p. ex.) em mais de uma atividade estatal (na regulação e no processo administrativo disciplinar, p. ex.). Por isso, optou-se desse modo para facilitar a compreensão das diferentes espécies de contratos alternativos a atos unilaterais presentes no ordenamento jurídico nacional.

coletivas para o Estado-regulador da ordem econômica coloca-nos diante “*da necessidade de se construir uma teoria da regulação*” que não seja baseada “*nos institutos clássicos pelos quais nós, os administrativistas, lidamos com o tema*”⁴⁸⁸. Não cabe aqui discorrer sobre esta nova teoria. Convém apenas destacar que, diferentemente do modelo de regulação pautado na imposição vertical do interesse público aplicado aos setores regulados, abre-se caminho para a construção de “*espaços em que sejam possíveis a articulação e a mediação de interesses, em que seja viável a interlocução com os diversos pólos de poder político existentes na sociedade contemporânea*”⁴⁸⁹.

No ambiente econômico regulado por agências independentes, abre-se espaço para a introdução de técnicas consensuais do agir administrativo, que busquem a mediação e a composição de interesses entre a autoridade reguladora e os agentes econômicos regulados, em lugar da imposição do interesse público a ser tutelado de modo autoritário e unilateral. No âmbito desta nova regulação econômica, destaca MARQUES NETO, “*a unilateralidade e a exorbitância tradicionais no exercício da autoridade pública (poder extroverso) tem que dar lugar à interlocução, à mediação e à ponderação entre interesses divergentes, sem descuidar, por óbvio, da proteção da coletividade contra abusos dos agentes econômicos*”⁴⁹⁰. Disso resulta, segundo o autor, a alteração radical da forma de interação entre o Estado-regulador e os agentes econômicos privados, com a superação de um “*vetor vertical, impositivo e unilateral*” para um modo de atuar da Administração “*predominantemente horizontal, negocial, permeado por negociações e concessões recíprocas*”⁴⁹¹.

⁴⁸⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Limites à abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, Nov/dez 2005, jan 2006. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 13 de setembro de 2013.

⁴⁸⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 199.

⁴⁹⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Poder de sanção – órgão Regulador – ANEEL**. Parecer. Revista de Direito Administrativo – RDA, Vol. 221, 2000, p. 355.

⁴⁹¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, jan./mar. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 13 set. 2013. Para uma reprodução mais fiel do pensamento autor, confira-se o seguinte trecho: “*A atividade de regulação pressupõe, a meu ver, a noção de equilíbrio. Opõe-se, frontalmente, à unilateralidade típica presente na ideia de autoridade estatal tradicional. Mais do que isso, o exercício da regulação importa, necessariamente, a composição dos interesses enredados em um dado segmento da atividade econômica ou social, sem descuidar nesta composição de interesses difusos, gerais ou titularizados por hipossuficientes, interesses estes necessariamente à cura da autoridade estatal. A atividade regulatória, deixe-*

Isto ocorre porque a regulação independente pressupõe a busca por uma situação de equilíbrio entre os diferentes interesses do setor regulado, forçando com que a regulação seja permanentemente aberta e permeável aos interesses do sistema regulado, com a manutenção de permanentemente diálogo visando ao cumprimento mais eficiente dos objetivos setoriais. Por isso é que a regulação não pode ser meramente negativa, mas tem que combinar a aplicação de mecanismos de autoridade com a lógica da composição dos interesses a partir da ponderação e do procedimento para obtenção do consenso⁴⁹². Embora a busca pelo consenso não elimine o poder de decisão da autoridade estatal, a regulação estatal através de entidades reguladoras independentes está baseada na noção de diálogo regulatório em que permanentemente o regulador procura não apenas ponderar os interesses envolvidos (mecanismos de participação procedimental), mas implementar de maneira efetiva o resultado do diálogo entre os interesses regulados através da introdução de instrumentos (acordos, pactos, negociações, contratos) na atividade regulatória, por meio dos quais o regulador negocia com os regulados os objetivos de políticas públicas a serem atingidos.

O ambiente regulatório é terreno fértil, portanto, para a adoção de decisões concertadas e melhor motivadas, onde a posição definida pelo regulador seja resultado das pautas de discussões havidas com a pluralidade de atores de um dado setor regulado, envolvendo ente regulador, agentes econômicos, sociedade civil interessada, grupos representantes de interesses difusos e coletivos etc, de modo a gerar, com isso, uma decisão mais aderente ao interesse público prevalecente em dada situação concreta. Neste contexto surgem os instrumentos consensuais tratados a seguir.

se claro desde logo, não exclui a presença da autoridade do Estado. Ao contrário, admite-a e mesmo exige sua presença, como mais adiante detalharei. O que se altera, contudo, é o modo de exercício desta autoridade. Em vez de se relacionar com os agentes privados exclusivamente pelo vetor vertical, impositivo e unilateral, interage com eles num vetor predominantemente horizontal, negocial, permeado por negociações e concessões recíprocas. Ademais, há um traço necessário de responsabilidade no manejo desta autoridade que não mais estabelece normas e padrões de conduta a partir apenas de sua leitura do que seja o interesse público, mas se impõe como objetivo manter equilibrados os interesses envolvidos naquela dada relação econômica de modo que, a um só tempo, possa perseguir os interesses (públicos) alvitados sem sacrificar demasiados interesses dos particulares e sem comprometer a reprodução e preservação das relações econômicas reguladas”.

⁴⁹² BLACK, Julia. **Procedimentalizando a Regulação**. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coordenador). Diogo R. COUTINHO, Jean Paul Cabral VEIGA DA ROCHA, Marina Mota PRADO, Rafael OLIVA (organizadores). **Regulação econômica e democracia. O debate europeu**. São Paulo: Singular, 2006, p. 141-203.

3.7.2.1.1 Regulação negociada (a “reg-neg” do Direito norte-americano)

Previamente à abordagem dos instrumentos de regulação contratual já presentes no ordenamento jurídico nacional, cabe fazer breve nota sobre a distinção – bem esclarecida por Pedro GONÇALVES⁴⁹³ – entre a “regulação administrativa por contrato” e a “regulação administrativa negociada”. Segundo o autor, “*a este último conceito reconduzimos os esquemas, de variado recorte, que promovem uma abordagem consensual na formulação ou na implementação da regulação*”⁴⁹⁴, os quais se desenvolvem num contexto de diálogo regulatório marcado pelo consenso e pela negociação da regulação, mas que não resultam, contudo, na celebração de acordos consensuais ou contratos.

A nota é relevante para melhor situarmos a *contratualidade* administrativa no ambiente regulatório – à luz do conceito adotado no presente estudo. Embora se reconheça, também no Brasil, uma maior abertura ao consenso e à participação dos regulados e da sociedade em geral no processo de formação da decisão a ser adotada pela autoridade regulatória (através dos mecanismos de consultas públicas, audiências públicas, conselhos consultivos), tal permeabilidade à participação não deve ser vista como manifestação da contratualidade enquanto *escolha da via contratual alternativamente ao ato administrativo unilateral*.

Quer-se com isso dizer que, apesar da maior participação no processo decisório consistir, sem dúvida, uma expressão da consensualidade no cenário regulatório brasileiro – e aqui reside a importância de sua menção neste tópico –, o fato dela [a participação] não resultar na formação de um instrumento consensual – ou, como quiser, de um contrato na acepção

⁴⁹³ GONÇALVES, Pedro António P. Costa. **Regulação administrativa e contrato**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, jul./set. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 11 set. 2013.

⁴⁹⁴ O autor refere-se ao direito norte-americano, onde existe, desde 1990, um *Negotiated Rulemaking Act*. Sobre o tema, explica Rodrigo Pagani de SOUZA que: “*Uma das práticas para promover a participação pública nos processos normativos das agências nos Estados Unidos tem sido o “procedimento negociado”, isto é, a “regulatory negotiation” ou simplesmente “reg-neg”. Trata-se de um procedimento em que, antes da publicação do projeto normativo, a Administração convoca representantes dos principais interesses envolvidos para sessões de negociação conduzidas por um mediador - que pode ser a própria Administração ou um terceiro imparcial por ela designado. O objetivo é que todos examinem em comum as questões suscitadas pela norma que se pretende editar e cheguem a um acordo formal acerca de seu conteúdo*”. **Participação pública nos processos decisórios das agências reguladoras: reflexões sobre o Direito brasileiro a partir da experiência norte-americana**. Fórum Administrativo - Direito Público - FA, Belo Horizonte, ano 2, n.16, jun. 2002. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 13 set. 2013.

ampla aqui defendida –, afasta estas ferramentas de ação participativa da noção restrita de contratualidade ora tratada, enquanto modo alternativo ao ato unilateral. Feitos estes esclarecimentos que julgamos pertinentes, impende agora tratarmos dos módulos contratuais no cenário regulatório presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

3.7.2.1.2. Contratos regulatórios

Diferentemente dos mecanismos de participação na atividade regulatória, os contratos regulatórios consistem em ajustes celebrados no processo jurídico de formulação ou implementação de normas regulatórias, celebrados entre as autoridades públicas responsáveis por organizar a regulação de um determinado mercado ou as autoridades reguladoras independentes (Agências) e os operadores da atividade econômica regulada. Trata-se aqui de um genuíno fenômeno de contratualização da regulação pública⁴⁹⁵, como alternativa ou complemento de um modelo de regulação “tradicional”, baseado num sistema hierárquico de imposição de normas e emissão de atos unilaterais. A respeito desta nova maneira de exercer a competência regulatória, Pedro GONÇALVES salienta que:

“Em geral, o emprego da instituição contratual nos domínios da administração reguladora não tem nada de surpreendente, se tivermos presente que vivemos um tempo caracterizado pela disseminação da cultura do contrato e do consenso na actuação das entidades públicas e pelo tópico do Estado Contratante. A ideia, generalizada, de governação e de administração por contrato, a tendência para fazer do contrato o mecanismo primacial da acção pública e a defesa de uma ‘situação de preferência pelo contrato administrativo’ no contexto das formas de acção administrativa encontram uma repercussão em todas as esferas de intervenção da Administração, incluindo, claro, a regulação pública. Com efeito, neste ambiente, a regulação administrativa por contrato e, por consequência, o contrato regulatório impõem-se, com toda a naturalidade, como modelos de partilha do poder de administrar e de regular entre agências e regulados”⁴⁹⁶.

⁴⁹⁵ Cf. William F. PEDERSEN. **Contracting with regulated for better regulations**. Administrative Law Review, vol. 53, 2001, p. 1067 e ss. O autor propõe o conceito de “*regulatory reform contract*” no quadro de uma nova abordagem da regulação, a partir da ideia de que o legislador deve fixar as finalidades da regulação e deixar para o processo regulatório uma margem para a definição dos meios mais eficientes para alcançá-las. A Agência Reguladora, neste sentido, teria maior liberdade para, diante de cada circunstância, debater com os regulados as alternativas para a regulação consideradas mais adequadas e eficazes para o caso concreto.

⁴⁹⁶ GONÇALVES, Pedro António P. Costa. **Regulação administrativa e contrato**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, jul./set. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 17 set. 2013. O autor lembra ainda que: “*se considerarmos as três dimensões fundamentais da actividade regulatória — edição de normas, fiscalização do cumprimento de*

Na medida em que a Agência Reguladora passa a ficar vinculada a agir conforme o que consensualmente estabeleceu no acordo, o contrato regulatório tem o efeito de reduzir a discricionariedade regulatória em relação aos regulados (a discricionariedade é exercida no momento da celebração do acordo), diminuindo assim as incertezas no âmbito do mercado regulado e favorecendo, com isso, a realização de investimentos e a entrada de novos atores econômicos nesse mercado. É nesta medida que estas espécies de ajustes são consideradas como contratos alternativos a atos administrativos unilaterais.

No Brasil, uma forma de contratualização da ação regulatória consiste nos acordos regulatórios celebrados como condição para a prática de um determinado ato administrativo pela Agência Reguladora, que traga alguma espécie de benefício à operadora. Um exemplo desse mecanismo consensual ocorre no âmbito da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), onde a Resolução Normativa 19/02 determina que o ato de Revisão Técnica⁴⁹⁷ do contrato ficará sujeito à assinatura de termo de compromisso para implantação de Programa de Reestruturação Gerencial pela operadora, com o objetivo de condicionar o reequilíbrio econômico dos planos privados de assistência à saúde ao cumprimento de prazos, ações e metas qualitativas e quantitativas pelas operadoras⁴⁹⁸.

O contrato regulatório também tem lugar quando um determinado ato de autorização da Agência Reguladora fica condicionado à celebração de um acordo prévio com o regulado. É o caso, por exemplo, do ato de autorização para ampliação e operação de novas instalações no âmbito das atividades submetidas à regulação da Agência Nacional do Petróleo (ANP). Nos termos da Portaria 91/04, o Diretor-Geral da Agência delega competência ao titular da

normas e sancionamento da infração às normas —, conclui-se que o contrato se mostra apto em qualquer dos três domínios”.

⁴⁹⁷ Nos termos do Art. 2º desta Resolução: “Define-se por Revisão Técnica a correção de desequilíbrios constatados nos planos privados de assistência à saúde a que se refere o art. 1º, mediante reposicionamento dos valores das contraprestações pecuniárias, mantidas as condições gerais do contrato”.

⁴⁹⁸ Art. 7º. A ANS determinará, nas situações de desequilíbrio em que for identificada deficiência nos métodos gerenciais, associadas ou não a desequilíbrio em outras carteiras que não sejam objeto desta Resolução, a implantação de um Programa de Reestruturação Gerencial, com assinatura de Termo de Compromisso, que irá prever: I - as ações a serem implementadas e as metas qualitativas e quantitativas a serem atingidas; II - os prazos para cumprimento das metas estabelecidas; III - a obrigação, por parte da operadora, de apresentar relatórios periódicos sobre sua gestão, desempenho econômico-financeiro, rede de serviços, mecanismos de regulação e outros dados e indicadores que forem definidos pela ANS e permitam a aferição dos resultados obtidos com o programa; e IV - as consequências para os casos de descumprimento injustificado do programa. Parágrafo Único. O Programa poderá incluir a recomendação de renegociação de contratos da carteira de planos coletivos para correção de eventual desequilíbrio observado no curso da análise das informações.

Superintendência de Refino e Processamento de Gás Natural da ANP para autorizar a modificação de refinarias e de unidades de processamento de gás natural pela ampliação de capacidade, bem como a operação destas instalações, mediante assinatura de termo de compromisso com os interessados. Ainda no âmbito desta Agência, a Portaria nº 25/08 prevê que “*a autorização de operação fica condicionada à assinatura de termo de compromisso entre ANP e a requerente*” quando se constatar risco à segurança operacional e à saúde dos trabalhadores ou ao meio ambiente.

Há também outros exemplos de contratos regulatórios como as contratações híbridas e a chamada regulação positiva, “*em que o regulado obtém acessos a mercados mediante o atendimento de metas de atendimento a grupos de usuários social ou geograficamente desatendidos*”. São ações visando ao “*atingimento de objetivos de interesse público para os quais se faça necessária alguma coordenação ou condução do processo econômico*”⁴⁹⁹ pelo órgão regulador. Ainda, há inúmeras modalidades de acordos de cessação ou substitutivos de sanção na atividade fiscalizatória exercida pelas Agências Reguladoras Independentes, previstos em leis ou regulamentos expedidos pelas próprias agências. Para facilitar a didática, tais modalidades serão abordadas como espécies do gênero “contratos substitutivos de sanções”, dentro deste módulo dos “contratos como alternativa ao ato unilateral” no Direito brasileiro.

3.7.2.2. Contratos substitutivos de sanções

No caminho pela substituição da sanção pelo contrato, o Direito brasileiro contempla inúmeras autorizações legais ou infralegais para a celebração de algumas espécies do gênero *contratos substitutivos de sanções*. São exemplos as diversas modalidades de Termos de Ajustamento de Condutas; os Termos de Cessação de Conduta e o Acordo de Leniência no âmbito do CADE; os acordos substitutivos de sanções nos serviços públicos regulados; os termos de compromisso em processo sancionador da CVM; os acordos celebrados no âmbito de processos administrativos disciplinares, entre outros exemplos, todos representando

⁴⁹⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Limites à abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, Nov/dez 2005, jan 2006. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 13 de setembro de 2013.

manifestações contratualizadas do exercício da função de repreensão de práticas contrárias ao ordenamento e de indução de comportamentos aderentes às finalidades legais.

3.7.2.2.1. Termos de Ajustamento de Conduta (TAC)

A figura do compromisso de ajustamento de conduta teve origem, entre nós, com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), que em seu Art. 211 autorizou aos órgãos públicos legitimados a “*tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial*”. Pouco tempo depois, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) alterou a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) para incluir o §6º ao seu art. 5º, permitindo a utilização desse instrumento consensual por quaisquer dos órgãos públicos legitimados para propor a Ação Civil Pública, em relação a qualquer matéria passível de controle por meio dessa ação, nos seguintes termos: “*Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial*”. Como anotam Carlos Ari SUNDFELD e Jacintho Arruda CÂMARA:

“O objetivo da lei é evidente. Trata-se de dotar o órgão público de instrumento consensual que viabilize a pronta adoção, pelo particular, de comportamentos desejados. Privilegiou-se o resultado à busca incerta e demorada de sanções na via judicial. A celebração do termo de ajustamento de conduta também é um modo mais rápido para assegurar a aplicação efetiva da norma em discussão. Não se trata de instrumento de punição, mas de indução de comportamentos concretos. O termo constitui uma ferramenta para transformar em realidade abstratas prescrições legais. Quando firma o compromisso, o interessado se vincula a um dado plexo de obrigações, passando o pacto a constituir, por si só, um título executivo, independentemente de ação judicial de caráter constitutivo”⁵⁰⁰.

O caráter consensual do TAC está manifestado quando a Lei da Ação Civil Pública não impõe o conteúdo que deve conter o compromisso a ser assumido pela parte interessada, o que confere certa margem de discricionariedade à autoridade na fixação do conteúdo das obrigações a serem assumidas pela parte interessada no acordo. A verdade é que tal margem de

⁵⁰⁰ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. **O devido processo administrativo na execução de termo de ajustamento de conduta**. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 115-120, abr./jun. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 16 set. 2013.

liberdade encontra limites na própria finalidade do TAC e na negociação dos seus termos com a parte interessada na sua celebração, pois: (i) o instrumento não pode ser utilizado para fins outros que não a o “ajustamento” da conduta irregular praticada e a reparação dos danos havidos – razão pela qual a inclusão de obrigações alheias a este propósito deve ser rechaçada, sob pena de desvio de finalidade –; e (ii) o interessado não está obrigado a celebrar o TAC caso as obrigações e demais condições propostas pelo Ministério Público no termo de acordo não lhe aparentem mais vantajosas do que o curso normal do processo judicial sancionador. Isto porque o termo de ajustamento de conduta, enquanto espécie do gênero negócio jurídico, deve representar a vontade das partes no momento de sua celebração, sob pena de nulidade⁵⁰¹.

Uma vez celebrado e cumpridas as obrigações combinadas, o TAC representa um importante instrumento da atividade concertada e contratualizada da Administração, na medida em que “*ao celebrar um TAC, a Administração está, por acordo de vontades, substituindo sua decisão unilateral de não tomar certa medida visando à aplicação da sanção jurídica à outra parte*”⁵⁰². Significa dizer: o compromisso colhido via Termo de Ajustamento de Conduta

⁵⁰¹ Em obra dedicada especificamente a este tema, Geisa de Assis RODRIGUES assenta: “(...) *Como todo negócio jurídico, o ajustamento de conduta pode ser compreendido nos planos de existência, validade e eficácia. Essa análise pode resultar em uma fragmentação artificial do fenômeno jurídico, posto que a existência, a validade e a eficácia são aspectos de uma mesmíssima realidade. Todavia, a utilidade da mesma supera esse inconveniente. (...) Para existir o ajuste carece da presença dos agentes representando dois centros de interesses, ou seja, um ou mais compromitentes e um ou mais compromissários; tem que possuir um objeto que se consubstancie em cumprimento de obrigações e deveres; deve existir o acordo de vontades e ser veiculado através de uma forma perceptível (...)*”. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 198. O tema foi enfrentado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp n.º 802.060/RS, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, publicado no DJ em 22.02.2010. Em resumo, o recurso desafiava a homologação de termo de ajustamento de conduta no qual a compromissária manifestou sua vontade de desistir do pacto, antes da avaliação do Conselho Superior. Nesta ocasião, o STJ entendeu que a manifestação de vontade da parte interessada deveria ser respeitada diante do contexto fático apresentado, nos seguintes termos: “*O Tribunal a quo à luz do contexto fático-probatório encartado nos autos, insindicação pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, consignou que: (a) o Termo de Ajustamento de Conduta in foco não transpõe a linde da existência no mundo jurídico, em razão de o mesmo não refletir o pleno acordo de vontade das partes, mas, ao revés, imposição do membro do Parquet Estadual, o qual oficiara no inquérito; (b) a prova constante dos autos revela de forma inequívoca que a notificação da parte, ora Recorrida, para comparecer à Promotoria de Defesa Comunitária de Estrela-RS, para ‘negociar’ o Termo de Ajustamento de Conduta, se deu à guisa de incursão em crime de desobediência; (c) a Requerida, naquela ocasião desprovida de representação por advogado, firmou o Termo de Ajustamento de Conduta com o Ministério Público Estadual no sentido de apresentar projeto de reflorestamento e doar um microcomputador à Agência Florestal de Lajeado, órgão subordinado ao Executivo Estadual do Rio Grande do Sul; (e) posteriormente, a parte, ora Recorrida, sob patrocínio de advogado, manifestou sua inconformidade quanto aos termos da avença celebrada com o Parquet Estadual, requerendo a revogação da mesma, consoante se infere do excerto do voto condutor dos Embargos Infringentes à fl. 466*”.

⁵⁰² MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro**. São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 299.

viabiliza a negociação entre autoridades administrativas e particulares a respeito do cumprimento de exigências impostas por lei, autorizando o acordo como via legítima para modular o cumprimento de deveres legalmente constituídos.

A figura do Termo de Ajustamento de Conduta nos moldes previstos na Lei da Ação Civil Pública foi amplamente aceita no ordenamento nacional e na prática administrativa⁵⁰³. Hoje existem inúmeras normas específicas disciplinando os TACs nos mais diversos campos de atuação estatal, ora preservando a nomenclatura utilizada pela Lei nº 7.347/85, ora com pequenas variações, mas todas com o sentido de acordo celebrado em substituição à aplicação de uma sanção. Exemplos desses termos podem ser encontrados no Direito ambiental, onde o Decreto nº 99.274/90, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, e do Decreto nº 3.179/99, substituído pelo Decreto nº 6.514/08, que disciplina as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, prevêm, respectivamente, o *termo de compromisso* para redução do valor da multa em até 90%⁵⁰⁴ caso sejam cumpridas pelo compromissário as medidas para cessar ou recompor a degradação ambiental (seguindo a tendência inaugurada pelo Decreto nº 94.764/87), e o *termo de compromisso de reparação de dano*⁵⁰⁵, assinado pelo infrator para a cessação ou regularização das situações no lugar da aplicação da multa diária.

⁵⁰³ Especialmente no Direito Ambiental e no Direito do Trabalho.

⁵⁰⁴ Art. 42. As multas poderão ter a sua exigibilidade suspensa quando o infrator, por *termo de compromisso* aprovado pela autoridade ambiental que aplicou a penalidade, se obrigar à adoção de medidas específicas para cessar e corrigir a degradação ambiental. Parágrafo único. Cumpridas as obrigações assumidas pelo infrator, a multa será reduzida em até noventa por cento.

⁵⁰⁵ Art. 146. Havendo decisão favorável ao pedido de conversão de multa, as partes celebrarão termo de compromisso, que deverá conter as seguintes cláusulas obrigatórias: I - nome, qualificação e endereço das partes compromissadas e dos respectivos representantes legais; II - prazo de vigência do compromisso, que, em função da complexidade das obrigações nele fixadas, poderá variar entre o mínimo de noventa dias e o máximo de três anos, com possibilidade de prorrogação por igual período; III - descrição detalhada de seu objeto, valor do investimento previsto e cronograma físico de execução e de implantação das obras e serviços exigidos, com metas a serem atingidas; IV - multa a ser aplicada em decorrência do não-cumprimento das obrigações nele pactuadas, que não poderá ser inferior ao valor da multa convertida, nem superior ao dobro desse valor; e V - foro competente para dirimir litígios entre as partes. § 1º A assinatura do termo de compromisso implicará renúncia ao direito de recorrer administrativamente. § 2º A celebração do termo de compromisso não põe fim ao processo administrativo, devendo a autoridade competente monitorar e avaliar, no máximo a cada dois anos, se as obrigações assumidas estão sendo cumpridas. § 3º O termo de compromisso terá efeitos na esfera civil e administrativa. § 4º O descumprimento do termo de compromisso implica: I - na esfera administrativa, a imediata inscrição do débito em Dívida Ativa para cobrança da multa resultante do auto de infração em seu valor integral; e II - na esfera civil, a imediata execução judicial das obrigações assumidas, tendo em vista seu caráter de título executivo extrajudicial. § 5º O termo de compromisso poderá conter cláusulas relativas às demais sanções aplicadas em decorrência do julgamento do auto de infração. § 6º A assinatura do termo de compromisso tratado neste artigo suspende a exigibilidade da multa aplicada.

Há ainda, na esfera ambiental, o termo de compromisso celebrado entre pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, previsto no Art. 79-A da Lei nº 9.605/1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente⁵⁰⁶.

Outras modalidades de compromissos com a mesma natureza jurídica são encontradas em legislações ou atos normativos específicos, a exemplo de algumas leis de processos administrativos; de atos normativos de Agências Reguladoras Independentes; de leis que regulam o sistema de defesa da concorrência; ou, ainda, de normas expedidas para regulamentar o exercício da função de controle sobre a Administração Pública. Alguns desses instrumentos consensuais, devido à sua especificidade e importância, serão tratados com maior detalhe a seguir.

3.7.2.2.2. Lei de Processo Administrativo Federal e do Estado de São Paulo

A Lei nº 9.784/99, que disciplina o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal, trouxe, inegavelmente, alguns avanços em matéria de participação administrativa, tais como as consultas (artigo 31) e audiências públicas (artigo 32) e outros meios de participação dos administrados na conformação de decisões administrativas (artigo 33). No entanto, apesar dos citados avanços, a Lei nº 9.784/99 não fez nenhuma previsão expressa de módulos convencionais substitutivos de decisão administrativa unilateral (ao contrário, como vimos, das leis de procedimento administrativo da Alemanha, da Itália, da Espanha e de Portugal).

⁵⁰⁶ Art. 79-A. Para o cumprimento do disposto nesta Lei, os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização dos estabelecimentos e das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental, ficam autorizados a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de compromisso com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores. (Incluído pela Medida Provisória no 2.163-41, de 23.8.2001). §1º O termo de compromisso a que se refere este artigo destinar-se-á, exclusivamente, a permitir que as pessoas físicas e jurídicas mencionadas no caput possam promover as necessárias correções de suas atividades, para o atendimento das exigências impostas pelas autoridades ambientais competentes (...).

O grande problema disso é que a citada Lei Federal é referência legislativa no âmbito da processualística administrativa, pois, já em seu Art. 1º, a lei se afirma como instituidora de *normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta*, aplicável subsidiariamente a toda espécie de processo administrativo com regulamentação específica (Art. 69). Assim, a ausência de previsão de instrumentos consensuais no âmbito do processo administrativo federal de certo modo impede a evolução da matéria em termos de teoria geral do processo administrativo⁵⁰⁷.

Nada obstante a inexistência de autorização na esfera federal, pode-se afirmar que o Estado de São Paulo contempla um verdadeiro permissivo genérico para a celebração de termos de ajustamento de conduta pela Administração. Trata-se do Decreto nº 52.201/07⁵⁰⁸, segundo o qual os TACs na esfera Estadual poderão ser celebrados pelas Secretarias de Estado; pelas autarquias, inclusive de regime especial, exceto as Universidades Públicas estaduais; pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, sob o controle do Estado pela sua Administração centralizada ou descentralizada; ou pelas fundações instituídas ou mantidas pelo Estado (Art. 2º). De acordo com norma, a celebração dos termos de ajustamento de conduta pelos órgãos e entidades referidos dependerá apenas de prévia manifestação da Procuradoria Geral do Estado, após: (i) a manifestação conclusiva dos órgãos técnicos e jurídicos competentes; (ii) a manifestação conclusiva do Secretário de Estado, do Superintendente da autarquia, do Presidente da empresa ou sociedade de economia mista, do Presidente da

⁵⁰⁷ Para mais, ver: ALMEIDA, Natália Silva Mazzutti; MELO, Luiz Carlos Figueira de. **A consensualidade como elemento do processo administrativo federal brasileiro**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 14, n. 75, out./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 11 set. 2013.

⁵⁰⁸ Confira-se o inteiro teor do Decreto Estadual em comento: Artigo 1º - Os Termos de Ajustamento de Conduta - TAC's passam a ser celebrados com observância no disposto neste decreto. Artigo 2º - Os termos de que trata o artigo anterior poderão ser celebrados: I - pelas Secretarias de Estado; II - pelas autarquias, inclusive de regime especial, exceto as Universidades Públicas estaduais; III - pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, sob o controle do Estado pela sua Administração centralizada ou descentralizada; IV - pelas fundações instituídas ou mantidas pelo Estado. Artigo 3º - A celebração dos termos de ajustamento de conduta pelos órgãos e entidades de que trata o artigo 2º deste decreto dependerá necessariamente de prévia manifestação da Procuradoria Geral do Estado. Artigo 4º - Os processos e expedientes respectivos deverão ser enviados ao Gabinete do Procurador Geral do Estado, instruídos com: I - manifestação conclusiva dos órgãos técnicos e jurídicos competentes; II - manifestação conclusiva do Secretário de Estado, do Superintendente da autarquia, do Presidente da empresa ou sociedade de economia mista, do Presidente da fundação ou autoridade competente equivalente, sobre a conveniência de ser firmado o termo de ajustamento de conduta; III - estudos que levaram à apresentação da minuta do termo de ajustamento de conduta. Parágrafo único - Os processos e expedientes oriundos das entidades de que tratam os incisos II a IV do artigo 2º deste decreto deverão ser remetidos ao Gabinete do Procurador Geral do Estado por intermédio do Titular da Pasta a que estejam vinculadas. Artigo 5º - O Gabinete da Procuradoria Geral do Estado devolverá de plano os processos e expedientes que não observarem o disposto no artigo 4º deste decreto. Artigo 6º - Este decreto entra em vigor na data de sua publicação.

fundação ou autoridade competente equivalente, sobre a conveniência de ser firmado o termo de ajustamento de conduta; e (iii) a realização de estudos que levaram à apresentação da minuta do termo de ajustamento de conduta (Arts. 3º e 4º).

Interessante notar que a norma em questão não define as matérias sobre as quais os compromissos poderão tratar e nem ao menos quais obrigações podem ser previstas no instrumento de compromisso, evidenciando o caráter amplo e aberto em que a celebração do acordo pode se dar, bem como a natureza eminentemente consensual de seu conteúdo.

3.7.2.2.3. Acordos substitutivos de sanções nos serviços públicos regulados

Ainda no âmbito da atividade de regulação – conforme já adiantamos –, há inúmeras modalidades de acordos de cessação ou substitutivos de sanção na atividade fiscalizatória exercida pelas Agências Reguladoras Independentes, previstos, em geral, nas normas regulamentadoras expedidas pelas próprias agências⁵⁰⁹. Sem pretender esgotar todos os exemplos presentes no ordenamento setorial brasileiro, cumpre apenas descrever o tratamento conferido aos instrumentos substitutivos de sanções em alguns atos normativos regulamentares atualmente vigentes.

⁵⁰⁹ Seguindo o influxo de procedimentalização da atividade administrativa, muitas autoridades reguladoras criaram uma disciplina própria para exercer a atividade fiscalizatória e sancionatória em face dos regulados submetidos à sua alçada, através de atos normativos específicos que preveem a possibilidade de substituição da sanção por termos de compromisso assinados junto aos regulados, muitas vezes sem previsão expressa de sua possibilidade na Lei instituidora da Agência. Num primeiro momento, a ausência de previsão legal poderia suscitar dúvidas quanto a possibilidade/legalidade de adoção desse instrumento, por dever de obediência à legalidade estrita. No entanto, ao analisar este tema ainda diante da ausência de regulamento permissivo no âmbito da ANATEL, bem advertiram Carlos Ari SUNDFELD e Jacintho Arruda CÂMARA: “A LGT é uma lei-quadro, não uma lei substantiva. Não se encontram nela própria as normas especificadoras de deveres e obrigações (seus conteúdos, seus condicionamentos, seus prazos, seus sujeitos), das medidas administrativas de acompanhamento e cobrança (registros, constatações, notificações, ordens, ajustes, etc.), das infrações (condições de ocorrência, causas excludentes, classificação), e da imposição de sanções (determinação da específica sanção que pode ser imposta a que específica infração, das causas excludentes, atenuantes, agravantes, etc.). Tudo isso ficou para ser definido em plano infralegal pela Anatel (LGT, art. 19, entre outros dispositivos), a partir da moldura legal. As normas realmente substantivas de telecom estão nos regulamentos da Anatel, e nos atos deles decorrentes. Não se encontra na LGT a especificação dos fatores exatos que exigem a aplicação de sanções, tampouco a previsão das alternativas capazes de evitá-las. A regulamentação é que trata disso tudo. Portanto, é da Anatel a competência normativa para dizer se, e em que condições, um acordo substitutivo é uma causa excludente da aplicação ou execução de sanções. Em outros termos, é à regulamentação da Anatel que cabe definir como fechado ou aberto o sistema normativo sancionatório das telecomunicações”. **Acordos substitutivos nas sanções regulatórias**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 16 set. 2013.

No contexto dos serviços de Energia Elétrica, há competência para a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL firmar acordos substitutivos com as prestadoras, optando pela adoção consensual de medidas de interesse do setor preferencialmente à aplicação de penalidades. É o que lhe autoriza o Art. 3º, inciso I da Resolução Normativa nº 333/08⁵¹⁰. Com base no normativo, a ANEEL está autorizada a celebrar acordos com os regulados com os concessionários, permissionários e autorizatários de serviços públicos de energia elétrica, visando à substituição da sanção cabível pelo compromisso de cumprimento de obrigações que possibilitem a correção da prática dos atos contrários ao regulamento dos serviços. Uma vez celebrado o termo de compromisso de ajustamento de conduta previsto na norma, e constatado o cumprimento de todas as obrigações assumidas pelo compromissário, o processo fiscalizatório correspondente será arquivado quanto ao seu objeto.

Interessante observar que a justificativa exposta pela ANEEL para aprovar a Resolução em questão fundamenta-se no melhor atendimento ao interesse público e nos resultados positivos que a medida pode trazer para o desenvolvimento do setor. Segundo a fundamentação exposta pelo relator da Resolução citada: *“Tem-se que não é função primordial do órgão regulador sancionar por sancionar e muitas vezes o interesse público é mais bem atendido pelas medidas de aprimoramento da qualidade do serviço prestado, inclusive para além do previsto no contrato, do que a arrecadação”*⁵¹¹.

Outra Agência que regulamentou a aplicação do Termo de Ajustamento de Conduta foi a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), por meio da Resolução nº 152/03, que prevê a possibilidade de celebração desse instrumento *“para correção de irregularidades ou pendências, visando assegurar a normalidade dos serviços prestados e resguardar o interesse público”*, nos termos do Regulamento de Termo de Ajuste de Conduta - RTAC anexo. Referido regulamento estabelece os critérios e procedimentos para a elaboração do TAC entre a Agência e as concessionárias e permissionárias de serviços públicos de transportes terrestres,

⁵¹⁰ Art. 3º A solicitação [de celebração de TAC] será encaminhada ao Superintendente de Fiscalização da ANEEL a quem a matéria seja afeta, que deverá elaborar análise técnica sobre o pedido, observado que: I – se favorável, indicará as condições para a formalização do TAC, incluindo o cálculo da multa passível de ser aplicada, quando for o caso, para fins de ajustamento de um Plano de Ações e/ou Investimentos a serem realizados pela interessada e posterior submissão da proposta resultante para deliberação da Diretoria.

⁵¹¹ Análise do Diretor José Guilherme Silva Menezes Senna no Processo nº 48500.006379/2005-26 da ANEEL. Citado por MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; e CYMBALISTA, Tatiana Matiello. **Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção**. RBDP, ano 8, n.º 31. Out/Dez. 2010.

dentre os quais as suas cláusulas obrigatórias: (i) data e qualificação das partes; (ii) indicação da irregularidade ou pendência, com a respectiva fundamentação legal; (iii) os termos ajustados para a correção da irregularidade ou pendência; e (iv) o prazo para correção.

De acordo com o regulamento, se comprovado o atendimento ao compromisso assumido pela concessionária ou permissionária, no prazo estabelecido, o procedimento será arquivado. Porém, se comprovado o não atendimento do compromisso assumido pela concessionária ou permissionária, a Superintendência, de ofício, adotará as providências necessárias à instauração de processo administrativo destinado a apurar responsabilidades e aplicar as devidas penalidades relacionadas às pendências ou irregularidades objeto do TAC. O interessante a notar é que, mesmo diante destas disposições, a Resolução estabelece, contraditoriamente, que a celebração do TAC não impedirá que a ANTT possa, se assim entender, deflagrar o processo administrativo para apurar as mesmas irregularidades (Art. 5º).

Já no âmbito da ANS, a Resolução de Diretoria Colegiada nº 57/01 detalhou a aplicação do termo de compromisso de ajuste de conduta (TCAC) introduzido na Lei nº 9.656/97 pela Medida Provisória nº 2.177/01, que pode ser proposto pela ANS para ser firmado com os operadores de planos privados de saúde em processo administrativo que tenha por base o auto de infração, a representação ou a denúncia positiva dos fatos irregulares, com a finalidade de permitir a adequação da conduta à legislação pertinente e às diretrizes gerais estabelecidas para o setor de saúde suplementar.

A celebração do TCAC, por meio do qual o operador se obriga a cessar a prática dos atos sob investigação, corrigir as irregularidades averiguadas e reparar os danos eventualmente causados (Art. 4º), acarreta a imediata suspensão do processo administrativo sancionador e a sua extinção posterior, caso sejam integralmente cumpridas as condições fixadas no ajuste (§1º do Art. 4º e Art. 8º), sem importar em confissão da operadora quanto à matéria de fato, nem o reconhecimento de ilicitude da conduta em apuração (Art. 3º). De acordo com o Art. 5º da Resolução, o TCAC deverá conter, obrigatoriamente, cláusulas dispondo sobre: (i) a obrigação da operadora de cessar a prática da conduta, corrigir as irregularidades e indenizar os prejuízos; (ii) o dever da operadora de informar o ocorrido a todos os usuários alcançados pelas irregularidades, bem como as medidas adotadas para a sua correção; (iii) a suspensão do processo administrativo; (iv) os critérios de fixação do valor da multa a ser aplicada no caso de

descumprimento total ou parcial do termo de compromisso; e (v) a vigência do termo de compromisso.

Ainda, é possível defender-se a possibilidade de aplicação de mecanismos consensuais substitutivos de sanções no setor de telecomunicações, a teor do disposto no Art. 5º da Resolução nº 589/12, que confere à ANATEL competência para, a seu critério, com vistas ao melhor atendimento do interesse público, celebrar com os infratores compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais. Embora o tema ainda seja objeto de discussão diante da ausência de permissivo expresso na Lei Geral de Telecomunicações, a aprovação recente da Resolução confere maior segurança para a adoção de alternativas capazes de evitar a aplicação ou execução de sanções pela Agência⁵¹².

3.7.2.2.4. Termo de Compromisso de Cessação (TCC) no âmbito do CADE

A *contratualidade* enquanto modo substitutivo de sanção (ato unilateral) está presente na função de Defesa da Concorrência exercida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e pela Secretaria de Direito Econômico (SDE)⁵¹³. Nos termos da Lei nº 8.884/94, confere-se a possibilidade de celebração de termos de *compromisso de cessação de prática sob investigação*, o qual implica, segundo a melhor doutrina, na “*sustação de investigações ou processos administrativos*” por parte da Administração e, quanto ao particular, “*a alteração de condutas até então praticadas para realizá-las conforme as diretrizes fixadas pelos órgãos de defesa da concorrência*”⁵¹⁴. A mesma lei autoriza ainda a celebração de *acordo*

⁵¹² Para melhor conhecer o debate estabelecido antes ainda da Resolução nº 589/12, ver SUNDFELD, Carlos Ari; e CÂMARA, Jacintho Arruda. **Acordos substitutivos nas sanções regulatórias**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 16 set. 2013.

⁵¹³ Para Floriano de Azevedo MARQUES NETO, esta atividade está inserida no conceito amplo de regulação estatal adotada pelo autor, a qual compreenderia “*toda a atividade estatal sobre o domínio econômico que não envolva a assunção direta da exploração de atividade econômica (em sentido amplo). Filio-me àquele segundo sentido dentre os três indicados por Vital MOREIRA, ademais aquele mais frequente na doutrina. (...) Daí porque não separe, ao tratar da regulação estatal da economia, a regulação setorial (que pode recair sobre serviços públicos ou atividades econômicas específicas) da regulação geral (onde insiro o antitruste e a defesa do consumidor)*”. **Limites à abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, Nov/dez 2005, jan 2006. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 13 de setembro de 2013. Apesar de não discordarmos do autor, os temas da regulação econômica e da defesa da concorrência estão tratados de modo segregado na presente Dissertação apenas por preocupação didática.

⁵¹⁴ MEDAUAR, Odete. **Nota sobre a contratualização na atividade administrativa**. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 241-249, mar./ago. 2012.

de leniência no âmbito do processo administrativo de repressão às infrações contra a ordem econômica, que será visto na sequência. Em comum, as duas hipóteses consistem em típica substituição de atos unilaterais por modalidades concertadas de ação estatal na repressão de práticas indesejadas e nocivas ao princípio da livre concorrência (Art. 170 da CF).

O termo de compromisso de cessação (TCC) encontra-se atualmente regulamentado pela Lei nº 12.529/11 (que revogou a Lei 8.884/94⁵¹⁵), quando em seu Art. 85 estabelece a possibilidade do CADE “*tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei*”. Conforme determina a lei, deste compromisso deverão constar, no mínimo, os seguintes elementos: (i) a especificação das obrigações do representado no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis; (ii) a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas; (iii) a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível (§1º).

⁵¹⁵ A Lei 8.884/94 já previa o termo de compromisso de cessação em seu Art. 53, nos seguintes termos: “Art. 53. Em qualquer das espécies de processo administrativo, o CADE poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, entender que atende aos interesses protegidos por lei. (Redação dada pela Lei nº 11.482, de 2007) §1º Do termo de compromisso deverão constar os seguintes elementos: I - a especificação das obrigações do representado para fazer cessar a prática investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis; II - a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas; III - a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível. §2º Tratando-se da investigação da prática de infração relacionada ou decorrente das condutas previstas nos incisos I, II, III ou VIII do caput do art. 21 desta Lei, entre as obrigações a que se refere o inciso I do § 1o deste artigo figurará, necessariamente, a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 23 desta Lei. § 3o A celebração do termo de compromisso poderá ser proposta até o início da sessão de julgamento do processo administrativo relativo à prática investigada. §4º O termo de compromisso constitui título exclusivo extrajudicial. § 5º O processo administrativo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso e será arquivado ao término do prazo fixado se atendidas todas as condições estabelecidas no termo; § 6º A suspensão do processo administrativo a que se refere o § 5o deste artigo dar-se-á somente em relação ao representado que firmou o compromisso, seguindo o processo seu curso regular para os demais representados; §7º Declarado o descumprimento do compromisso, o CADE aplicará as sanções nele previstas e determinará o prosseguimento do processo administrativo e as demais medidas administrativas e judiciais cabíveis para sua execução; §8º As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo CADE se comprovar sua excessiva onerosidade para o representado, desde que a alteração não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade; §9º O CADE definirá, em resolução, normas complementares sobre cabimento, tempo e modo da celebração do termo de compromisso de cessação”.

A própria lei deixa claro o caráter consensual deste termo de compromisso quando estabelece que “*a proposta de celebração do compromisso de cessação de prática será indeferida quando a autoridade não chegar a um acordo com os representados quanto aos seus termos*” (§13). O TCC constitui título executivo extrajudicial (§8º) e suspenderá o processo administrativo enquanto estiver sendo cumprido, ficando o seu arquivamento condicionado à verificação do cumprimento de todas as condições estabelecidas no termo no prazo fixado (§9º). Uma vez descumpridas as condições do termo, o CADE aplicará as sanções nele previstas e determinará o prosseguimento do processo administrativo e as demais medidas administrativas e judiciais cabíveis para sua execução (§11).

As principais vantagens da adoção do termo de compromisso de cessação pelo CADE são geralmente relacionadas com a maior celeridade e com o recolhimento de valores ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, além da redução da litigiosidade no Judiciário⁵¹⁶, fatores que tornam os termos de compromisso de cessação de prática sob investigação cada vez mais corriqueiros no âmbito dos processos administrativos para tutela da ordem econômica, denotando a preferência das autoridades administrativas pela adoção de técnicas consensuais como forma de assegurar a participação dos investigados nos processos administrativos e, com isso, promover o rigoroso cumprimento dos objetivos da Lei com maior celeridade e eficiência, em benefício do interesse público.

3.7.2.2.5. Acordo de leniência no âmbito do CADE

À semelhança da Lei nº 8.884/94, a nova Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência preservou vigente o Programa de Leniência, por meio do qual permite-se ao CADE, por intermédio da Superintendência-Geral, a celebração de acordo de leniência que resulte na “*extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3*”

⁵¹⁶ Nesse sentido, Shirlei Silmara de Freitas MELLO, Michelle Malaquias ROMANICHEN e Auranda Blumenschein ANDRADE salientam que: “[...] a celebração de TCC reduz consideravelmente o tempo gasto com as investigações da prática infringente à ordem econômica e o dispêndio de recursos públicos, havendo o recolhimento imediato de multa pecuniária. A economia de recursos e tempo, que é incrementada pelo fato de o investigado não precisar recorrer do Poder Judiciário, possibilita a ampliação do número de investigações”. **Processo administrativo antitruste e antidumping: estudo comparativo do aspecto consensual no exercício da função administrativa no acordo de leniência e no compromisso de preços.** Revista da Faculdade de Direito da UFG, v. 33, n. 2, p. 199-219, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.ufg.br/>>. Acesso em: 16 set 2013.

(dois terços) da penalidade aplicável, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: (i) a identificação dos demais envolvidos na infração; e (ii) a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação” (Art. 86 da Lei nº 12.529/11).

Para a celebração do acordo, a legislação exige o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: (i) que a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; (ii) que a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; (iii) que a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e, por fim, (iv) que a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

A celebração do acordo de leniência não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada (§10), competindo ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificar o cumprimento do acordo e decretar a extinção da ação punitiva da Administração Pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou, nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis (§4º), observados os elementos levados em consideração na dosagem pena: a gravidade da infração; a boa-fé do infrator; a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; a consumação ou não da infração, o grau de lesão, ou perigo de lesão; à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros, os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; a situação econômica do infrator; a reincidência, conforme dispõe art. 45 da Lei nº 12.529/11.

O acordo de leniência consiste, portanto, em um exemplo nacional de conduta consensual da Administração, uma vez que prioriza o diálogo para o alcance do interesse público, com a pretensão de tornar-se um meio mais eficaz e célere no combate às infrações

contra a ordem econômica, de modo a garantir a condenação da prática abusiva de modo sistêmico e global (evitando-se a punição de indivíduos e a impunidade de cadeias articuladas de atores econômicos infratores). Nesta medida, o acordo de leniência pode ser uma demonstração concreta de como a postura consensual da Administração – em substituição à postura autoritária de outros tempos – pode ser benéfica ao exercício mais eficiente da função administrativa.

3.7.2.2.6. Acordo em controle de concentrações

Curioso notar que uma terceira modalidade de acordo viria prevista na nova Lei do CADE, não fosse o veto presidencial. Tratava-se do denominado acordo em controle de concentrações, previsto para ser incluído no âmbito do Sistema Nacional de Defesa da Concorrência no Art. 92 da Lei nº 12.529/11⁵¹⁷. Referido dispositivo, contudo, foi vetado pela Presidência da República por meio da mensagem de veto nº 536, de 30 de novembro de 2011.

O interessante a notar é que, ao contrário do que se poderia suspeitar, as razões do veto não indicaram uma retração do governo brasileiro aos módulos consensuais de ação administrativa. Pelo contrário, o fundamento do veto presidencial demonstrou uma preferência pela amplitude e pela maior abrangência da celebração de acordos administrativos no âmbito da apuração de práticas lesivas à ordem econômica, confira-se: *“Os dispositivos restringem a possibilidade de celebração de acordos à etapa de instrução dos processos, limitando indevidamente um instrumento relevante para atuação do Tribunal na prevenção e na repressão às infrações contra a ordem econômica”*. A análise do veto evidencia, portanto, a necessidade de reconhecer-se o caráter abrangente que a nova Lei do CADE pretendeu dar aos

⁵¹⁷ O dispositivo estava assim redigido: Art. 92. A Superintendência-Geral poderá, na forma previamente fixada pelo Tribunal, antes de impugnar a operação, negociar acordo com os interessados que submetam atos a exame, na forma do art. 88 desta Lei, de modo a assegurar o cumprimento das condições legais para a respectiva aprovação. § 1º Uma vez negociado o acordo, minuta de seu inteiro teor deverá ser disponibilizada para consulta pública por prazo não inferior a 10 (dez) dias, devendo as respectivas manifestações merecer apreciação motivada. § 2º Constarão dos acordos de que trata o caput deste artigo as cláusulas necessárias à eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica, devendo ser estabelecidos prazos pré-definidos para o seu cumprimento, que será fiscalizado pela Superintendência-Geral. § 3º O descumprimento do acordo referido neste artigo implicará a revisão da respectiva aprovação pelo Cade e a abertura de processo administrativo para a adoção das demais medidas cabíveis. § 4º O Conselheiro-Relator do processo, escolhido na forma do inciso III do art. 10, participará do processo de negociação do acordo. § 5º O acordo negociado pela Superintendência-Geral deverá ser submetido à aprovação do Tribunal, que deliberará no prazo de 30 (trinta) dias úteis.

instrumentos consensuais de ação administrativa nesta importante tarefa de defesa da livre concorrência.

3.7.2.2.7. Termo de compromisso em processo sancionador da CVM

No âmbito da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), a Lei nº 9.457/97 alterou a Lei nº 6.385/76 para incluir a possibilidade de celebração de termo de compromisso pelo indiciado ou acusado de prática de infrações no mercado de capitais, do seguinte modo: “*a Comissão de Valores Mobiliários poderá suspender, em qualquer fase, o procedimento administrativo, se o indiciado ou acusado assinar termo de compromisso, obrigando-se a (...)*”. Posteriormente, referido dispositivo foi substituído pela nova redação conferida pela Lei nº 9.873/99 e Decreto nº 3.995/01: “*a Comissão de Valores Mobiliários poderá, a seu exclusivo critério, se o interesse público permitir, suspender, em qualquer fase, o procedimento administrativo instaurado para a apuração de infrações da legislação do mercado de valores mobiliários, se o investigado ou acusado assinar termo de compromisso, obrigando-se a (...)*”.

Assim, também no domínio do mercado de capitais, confere-se à CVM, às Bolsas de Valores e às entidades do mercado de balcão organizado, a possibilidade de substituir a aplicação de sanções, mediante a suspensão do processo administrativo sancionador, pelo compromisso assinado pelo investigado de cumprir determinadas obrigações e de cessar a prática da atividade contrária às normas e regulamentos do mercado de capitais, sem que isso importe em confissão quanto à matéria de fato ou reconhecimento da ilicitude de sua conduta (Art. 11, §6º). A medida consensual, aliás, vem sendo adotada na prática administrativa da Comissão de Valores Mobiliários⁵¹⁸.

⁵¹⁸ Alguns exemplos dessa prática foram citados por Julya Sotto Mayor WELLISCH e Alexandre Pinheiro dos SANTOS em artigo intitulado **O termo de compromisso no âmbito do mercado de valores mobiliários. Interesse Público - IP**, Belo Horizonte, ano 11, n. 53, jan./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 16 set. 2013. Entre os casos citados pelos autores, destaca-se: (1) o PAS CVM RJ nº 2006/6235, que tinha por objeto a acusação de aplicação automática de saldos de contas correntes em fundo de investimento, com remuneração reduzida em razão da cobrança de taxa de administração variável. Nessa oportunidade, os acusados se comprometeram a: (i) não mais constituírem fundos de investimentos com as mesmas características daquele que foi objeto da atuação sancionadora da CVM; (ii) entregar aos condôminos do Fundo o valor correspondente à diferença entre a rentabilidade bruta auferida pelo Fundo e a rentabilidade bruta média ponderada dos fundos com características similares administrados por outras instituições financeiras, montante que foi estimado em R\$28.000.000,00; e (iii) pagar à CVM o valor de R\$1.500.000,00, como condição para celebração do termo de compromisso; (2) o PAS CVM RJ nº 2007/11.305, quando o então

Repare-se que, de acordo com os dispositivos legais acima referidos, o termo de compromisso pode ser celebrado *em qualquer fase* do procedimento, embora a CVM, por meio da Deliberação CVM nº 390/01 (com redação alterada pela Deliberação CVM nº 657/11), tenha estabelecido que o interessado deve manifestar a sua *intenção* de celebrar termo de compromisso no máximo até o término do prazo para a apresentação da sua defesa, e sem prejuízo do ônus de apresentação desta, sendo que a *proposta* completa de termo de compromisso deve ser apresentada no máximo até 30 (trinta) dias após a apresentação de defesa. A mesma resolução admite ainda a apresentação de proposta de celebração de termo de compromisso ainda na fase de investigação preliminar, ou até mesmo fora do prazo regulamentar, nos casos excepcionais em que “*se entenda que o interesse público determina a análise de proposta de celebração de termo de compromisso apresentada fora do prazo, tais como os de oferta de indenização substancial aos lesados pela conduta objeto do processo e de modificação da situação de fato existente quando do término do referido prazo, o Colegiado examinará o pedido*” (§4º do Art. 7º).

3.7.2.2.8. Suspensão de Processo Administrativo Disciplinar (SUSPAD)

Inspirada na suspensão do processo penal (Art. 89 da Lei nº 9.099/95⁵¹⁹), a Suspensão do Processo Administrativo Disciplinar (SUSPAD) é figura de consensualidade introduzida no Estatuto dos Servidores do Município de Belo Horizonte (Art. 225-A⁵²⁰) pela Lei Municipal nº

Governador do Estado de São Paulo, no ano de 2006, foi acusado, na qualidade de acionista controlador do Banco Nossa Caixa S.A, de não ter preservado sigilo de informação antes da divulgação de determinado Fato Relevante, nem ter comunicado ao Diretor de Relações com Investidores a mesma informação, em infração, respectivamente, aos arts. 8º e 3º, §1º da Instrução CVM nº 358/02. Nesta ocasião, o interessado apresentou proposta de celebração de Termo de Compromisso, na qual se comprometia a publicar declaração reconhecendo a importância de as informações sensíveis e relevantes serem informadas corretamente, no seu devido tempo e de acordo com as normas que regulam a divulgação de informações. Embora o Comitê de Termo de Compromisso tenha, inicialmente e em razão da inexistência de precedentes a respeito do tema, rejeitado a proposta apresentada, o Colegiado da Autarquia entendeu que a proposta se mostrava conveniente e oportuna, e que, apesar de não contemplar prestação pecuniária, justificava-se, no caso, a sua substituição por medida que igualmente se prestaria a desestimular a prática de condutas semelhantes.

⁵¹⁹ Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

⁵²⁰ Art. 225A da Lei Municipal nº 7.169/96 (Estatuto dos Servidores do Município de Belo Horizonte): Nas infrações disciplinares, o Corregedor-Geral do Município, no momento da instauração do processo administrativo disciplinar ou da sindicância a que se refere o art. 221, V desta Lei, poderá propor a suspensão do processo disciplinar - SUSPAD-, pelo prazo de 1 (um) a 5 (cinco) anos, conforme a gravidade da falta, e desde que o servidor não tenha sido condenado por outra infração disciplinar nos últimos cinco anos. § 1º - Aceita a proposta, o

9.310/07 e regulamentada pelo Decreto nº 12.636/07⁵²¹. Anota Luciano FERRAZ que a inovação no processo administrativo disciplinar do Município de Belo Horizonte tem como objetivos centrais: (i) “*desburocratizar e tornar menos dispendiosos os processos de controle disciplinar no âmbito da Administração Pública*”; (ii) “*conferir maior celeridade aos processos instaurados pela Corregedoria – princípio da economia processual*”; e (iii) “*permitir a auto-recuperação do servidor nas infrações de baixo potencial lesivo à disciplina interna da Administração*”⁵²².

De acordo com a lei, a SUSPAD desenvolve-se do seguinte modo: no momento da instauração do processo administrativo disciplinar ou da sindicância por infrações disciplinares (exceto nas condutas tipificadas no Estatuto como crimes contra a Administração Pública com pena mínima igual ou superior a um ano, ou atos de improbidade administrativa e abandono de cargo), o Corregedor-Geral do Município poderá propor a SUSPAD pelo período de um a cinco anos conforme a gravidade da infração e desde que o servidor não tenha sido condenado por outra infração disciplinar nos últimos cinco anos. Para tanto, o Corregedor-Geral do Município apontará as condições a serem observadas pelo infrator para permitir a suspensão do processo, que serão fixadas de acordo com o fato e com a situação pessoal do servidor, incluída a

Corregedor-Geral do Município especificará as condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do servidor, incluída a reparação do dano, se houver. § 2º - A suspensão será revogada se, no curso de seu prazo, o beneficiário vier a ser processado por outra falta disciplinar ou se descumprir as condições estabelecidas na forma do § 1º, prosseguindo-se, nestes casos, os procedimentos disciplinares cabíveis. § 3º - Expirado o prazo da suspensão e cumprindo o beneficiário as suas condições, o Corregedor-Geral do Município declarará extinta a punibilidade. § 4º - O beneficiário da SUSPAD fica impedido de gozar o mesmo benefício durante o seu curso e durante o dobro do prazo da suspensão, contado a partir da declaração de extinção da punibilidade, na forma do parágrafo anterior. § 5º - Não correrá prescrição durante o prazo da SUSPAD. § 6º - Não se aplica o benefício previsto no *caput* deste artigo às infrações disciplinares que correspondam a crimes contra a Administração Pública, a crimes aos quais seja cominada pena mínima igual ou superior a 1 (um) ano, a atos de improbidade administrativa e nos casos de abandono de cargo ou emprego. § 7º - O Prefeito expedirá normas complementares necessárias à aplicação deste dispositivo, inclusive para aplicação da SUSPAD aos procedimentos disciplinares em curso.

⁵²¹ Art. 2º - O Corregedor-Geral do Município poderá propor ao agente público a suspensão do processo disciplinar - Suspad - por meio do Termo de Proposta da Suspensão do Processo Disciplinar, no qual serão estabelecidos o prazo de sua vigência e as condições a serem cumpridas. § 1º - O Termo a que se refere o *caput* deste artigo deverá ser assinado pelo agente público, por seu procurador e pelo Corregedor-Geral do Município, publicando-se o respectivo extrato no Diário Oficial do Município. § 2º - Havendo recusa do agente público em aderir à Suspad, a Corregedoria-Geral do Município dará continuidade ao processo disciplinar. § 3º - A adesão à Suspad não configura confissão do agente público.

⁵²² Na verdade, o SUSPAD pode ser considerado obra deste autor, que o concebeu enquanto ocupante do cargo de Controlador Geral do Município de Belo Horizonte. FERRAZ, Luciano. **Controle consensual da administração pública e suspensão do processo administrativo disciplinar (SUSPAD) - A experiência do município de Belo Horizonte**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 9, n. 44, jul./ago. 2007.

previsão de reparação do dano, se houver (Art. 225A da Lei Municipal nº 7.169/96 – Estatuto dos Servidores do Município de Belo Horizonte).

As condições que podem ser estabelecidas pelo Corregedor-Geral do Município estão indicadas no Art. 4º do Decreto nº 12.636/07, e podem consistir em: (i) comparecimento bimestral na sede da Corregedoria-Geral do Município, fora do horário de trabalho, para apresentar declaração de cumprimento dos deveres e o não cometimento de infração disciplinar, bem como o desempenho satisfatório das principais atribuições que lhe forem conferidas; (ii) a prestação de serviços voluntários à comunidade em entidades cadastradas no Município de Belo Horizonte designadas pela Corregedoria-Geral do Município, em horários compatíveis com a sua jornada de trabalho; (iii) a reparação do dano, quando houver, com a devolução dos valores indevidamente auferidos; e (iv) a renúncia de direitos, tais como vantagens pecuniárias e alterações funcionais. Uma vez expirado o prazo da suspensão e cumprindo o beneficiário as suas condições, o Corregedor-Geral do Município declarará extinta a punibilidade, ficando o beneficiário impedido de gozar o mesmo benefício durante o curso da SUSPAD e durante o dobro do prazo da suspensão, contado a partir da declaração de extinção da punibilidade.

Trata-se, portanto, a toda evidência, de uma inovação marcada pela consensualidade que altera, por isso, a lógica dos mecanismos de controle tradicionais, os quais, segundo o próprio idealizador da medida, *“deixam de ser visualizados numa vertente estritamente sancionatória - visão típica do Direito concebido como ordem de coerção - , para se afirmar como meio de pacificação negociada das controvérsias na ordem interna, na conformidade do que preceitua o Preâmbulo da Constituição da República de 1988 (CR)”*⁵²³.

Após a experiência bem sucedida do Município de Belo Horizonte, a suspensão do processo administrativo disciplinar vem sendo adotada – ainda de modo bastante tímido, é verdade – por outros entes da Administração Pública. Em Niterói-RJ, por exemplo, a Lei Municipal nº 3.032/13 acrescenta à Lei 531/85 o art. 245-A, que dispõe sobre a instituição da

⁵²³ FERRAZ, Luciano. **Controle consensual da administração pública e suspensão do processo administrativo disciplinar (SUSPAD) - A experiência do município de Belo Horizonte**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 9, n. 44, jul./ago. 2007. O autor demonstra neste estudo, por meio de levantamento quantitativo e qualitativo da demanda dos processos administrativos disciplinares no Município de Belo Horizonte, que após a incorporação da SUSPAD os resultados já se manifestam satisfatórios em termos de celeridade, eficiência e efetividade no cumprimento das decisões pelos infratores.

SUSPAD e trata do procedimento a ser adotado pela Comissão Processante⁵²⁴. Outro exemplo é o Município de Londrina-PR, onde a Lei Municipal 10.564/08 institui a SUSPAD em seus artigos 92-A a 92-K, disciplinando as condições para obtenção do benefício, o procedimento a ser observado pelo Corregedor Geral do Município e os possíveis prazos de duração da suspensão⁵²⁵.

Vale notar que, no âmbito federal, a legislação disciplinadora do assunto (Lei nº 8.112/90 – Estatuto dos Servidores Públicos Federais), que dispõe acerca do rito a ser seguido para a apuração dos fatos e da aplicação de penalidades, não contempla dispositivos que permitam uma forma alternativa de solução do problema, como, por exemplo, a possibilidade de suspensão do processo disciplinar, o que, segundo Rodrigo Gama CROCHES e Mariana Lemos de CAMPOS, reclama a necessidade de aprimorar a legislação federal para incorporar dispositivos que confirmem a possibilidade de celebração de termos de ajustamento de conduta pelos servidores que eventualmente transgridam algum dever funcional passível de punição administrativa⁵²⁶.

3.7.2.2.9. Termo de Compromisso no âmbito da função de Controle

Na mesma linha da SUSPAD, o Termo de Compromisso de Gestão (TCG) foi concebido como instrumento de controle consensual para o âmbito financeiro, orçamentário, patrimonial, operacional e do cumprimento das finalidades sociais da Administração Municipal de Belo Horizonte, previsto no Decreto Municipal nº 12.634/2007⁵²⁷. De acordo com o Art. 12, o Termo de Compromisso de Gestão - TCG poderá ser celebrado entre a autoridade máxima do

⁵²⁴ Art. 245-A. Nas infrações disciplinares, o Presidente da Comissão Processante da COPAD, no momento da instauração do processo administrativo disciplinar ou da apuração sumária a que se refere o art. 221 desta Lei, nos casos de apuração de falta sujeita às penas de advertência, repreensão, multa ou suspensão, deverá propor a suspensão do processo disciplinar - SUSPAD, pelo prazo de 1 a 5 anos, conforme a gravidade da falta, e desde que o servidor não tenha sido condenado por outra infração disciplinar nos últimos 5 anos.

⁵²⁵ Art. 92-A Fica instituída a “Suspensão Condicional do Processo Administrativo Disciplinar/SUSPAD” – que é instrumento que visa beneficiar o servidor público municipal que responde a um processo administrativo disciplinar por prática de falta que, em tese, tenha como penalidade máxima cabível a repreensão.

⁵²⁶ CROCHES, Rodrigo Gama, CAMPOS, Mariana Lemos de. **Processo administrativo disciplinar: suspensão do processo e consensualidade (Lei nº 8.112/90)**, Disponível em <http://www.cgu.gov.br/eventos/SDD/Painel>.

⁵²⁷ Art. 11 (...) Parágrafo único - O relatório conclusivo proporá os seguintes instrumentos de controle: (...) II - celebração de Termo de Compromisso de Gestão - TCG, na hipótese de constatação de irregularidades, sem evidência de má-fé dos responsáveis e sem prejuízo deliberado ao erário; (...). O referido Decreto foi alterado pelo Decreto nº 15.276, de 12/7/2013, o qual, no entanto, manteve inalteradas as disposições relativas ao TCG nos Arts. 12 e 15.

órgão, entidade, programa ou projeto auditado e a Controladoria-Geral do Município, e deverá conter: (i) a identificação sucinta das autoridades e da administração envolvidas; (ii) obrigações e metas assumidas pelas autoridades diante das recomendações do Controlador-Geral do Município; (iii) indicação dos prazos para implementação das obrigações assumidas; e (iv) outros elementos necessários para seu fiel cumprimento.

A celebração do TCG obriga as autoridades signatárias à adoção das recomendações formuladas pelo Controlador-Geral e será monitorado regularmente pela Auditoria-Geral do Município, a qual poderá solicitar informações periódicas sobre seu adimplemento. O não cumprimento das obrigações previstas no Termo de Compromisso de Gestão - TCG pelas autoridades signatárias provoca sua automática rescisão, autorizando o Controlador-Geral do Município a dar ciência do fato ao Prefeito e ao TCEMG, sem prejuízo das responsabilidades funcionais pertinentes.

Em 2012, a possibilidade de celebração do TCG foi incorporada na Lei Complementar Estadual nº 102/08 por meio da Lei Complementar nº 120, que adicionou dois novos artigos ao regimento do Tribunal de Contas do Estado (Arts. 93-A e 93-B) para instituir os denominados Termos de Ajustamento de Gestão (TAG), com o objetivo de regularizar atos e procedimentos dos Poderes, órgãos ou entidades sujeitos ao Controle Externo exercido pela Corte de Contas. Assim como nos TCGs, a assinatura de Termo de Ajustamento de Gestão (TAG) tem o efeito de suspender a aplicação de penalidades ou sanções, conforme condições e prazos nele previstos, sendo vedada a assinatura de TAG nos casos em que esteja previamente configurado o desvio de recursos públicos e nos casos de processos com decisão definitiva irreversível. Uma vez cumpridas as obrigações previstas no termo, o processo relativo aos atos e procedimentos objeto do termo será arquivado. Observe-se que, segundo a Resolução nº 01/12 do TCE-MG, o TAG (Termo de Ajustamento de Gestão) é expressamente conceituado como “*instrumento de controle consensual, celebrado entre o Tribunal de Contas e o responsável pelo Poder, órgão ou entidade submetido ao seu controle*”, evidenciando se tratar da introdução normativa de técnica contratualizada de ação administrativa na atividade de controle externo exercida pela Corte de Contas.

A disseminação dos TAGs ainda é incipiente, mas está acontecendo em nível nacional. Atualmente, dos trinta e quatro Tribunais de Contas brasileiros, ao menos cinco já possuem normas versando sobre a matéria, quais sejam, os de Minas Gerais (conforme exposto acima), Rio Grande do Norte⁵²⁸, Pernambuco⁵²⁹, Sergipe⁵³⁰, Goiás⁵³¹. Na esfera federal, embora inexistente permissivo similar vigente no âmbito do Tribunal de Contas da União ou da Controladoria Geral da União⁵³², o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal, ainda em tramitação, prevê que os órgãos de controle possam propor a assinatura de TAGs para efeito de afastar a aplicação de penalidades e adequar os seus atos e procedimentos aos padrões de regularidade, sem que haja supressão ou limitação de competências discricionárias do gestor público, nem a imposição de obrigações para os particulares, por via direta ou reflexa (Art. 57 e Parágrafo único do Anteprojeto de Lei para reforma da organização da Administração Pública brasileira⁵³³). Trata-se, enfim, de uma tendência no contexto do controle-consensual da Administração Pública⁵³⁴.

⁵²⁸ A Lei Complementar nº 464/2012 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte) estabelece, em seu art. 122, que o Ministério Público poderá propor a assinatura de Termo de Ajustamento de Gestão para adequar atos e procedimentos dos Poderes, Órgãos e Entidades controladas aos padrões de regularidade, instrumento que deverá ser submetido à homologação pela Câmara respectiva e publicado no Diário Oficial Eletrônico do TCE/RN.

⁵²⁹ A Lei nº 14.725/12 acrescentou à Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco o art. 48-A, para estabelecer que o Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, através do Conselheiro Relator, a qualquer momento, poderá propor ao representante do jurisdicionado Termo de Ajuste de Gestão, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, de ambas as partes, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

⁵³⁰ A recente alteração da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe (Lei Complementar nº 205/2011), incluiu a possibilidade do Tribunal, de forma alternativa ou cumulativa às providências mencionadas nos arts. 50 e 51, celebrar com a autoridade competente, para o desfazimento e/ou saneamento do ato ou negócio jurídico impugnado, Termo de Ajustamento de Gestão – TAG, conforme disposto neste artigo, no Regimento Interno e na legislação correlata (Art. 52).

⁵³¹ Por meio da Resolução Normativa nº 006/12, o Tribunal de Contas do Estado de Goiás regulamentou a figura do Termo de Ajustamento de Gestão – TAG, aplicável para o efeito de afastar a aplicação de penalidades ou sanções e adequar os atos e procedimentos do órgão ou entidade sujeita ao seu controle aos padrões de regularidade (Art. 1º).

⁵³² No âmbito da CGU há apenas uma figura bastante menos abrangente denominada Termo Circunstanciado Administrativo (TCA), instituída pela IN-CGU nº 4/2009, com a finalidade de racionalizar os procedimentos administrativos em caso de extravio ou dano a bem público que implicar em prejuízo de pequeno valor.

⁵³³ MODESTO, Paulo (Coord.) **Nova organização administrativa brasileira: estudos sobre a proposta da Comissão de Especialistas constituída pelo Governo federal para reforma da organização administrativa brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 335.

⁵³⁴ Cf. FERRAZ, Luciano. **Controle consensual da administração pública e suspensão do processo administrativo disciplinar (SUSPAD) - A experiência do município de Belo Horizonte**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 9, n. 44, jul./ago. 2007. Para uma visão mais abrangente dos desafios do controle da Administração Pública na atualidade, ver: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Os grandes desafios do controle da Administração Pública**. In: MODESTO, Paulo (Coord.) **Nova organização administrativa**

3.8. Contratualidade na resolução de litígios

É possível incluir-se ainda, num conceito mais alargado de contratualidade, as formas alternativas de resolução de litígios envolvendo a Administração, sempre quando a Administração compactua em afastar ou relativizar a competência do Poder Judiciário para decidir os seus conflitos. A hipótese ocorre tanto nos casos em que a solução de conflitos envolvendo os concessionários e permissionários de serviços públicos regulados é conferida a Agências Reguladoras Independentes, que atuam no exercício de seus poderes quase-jurisdicionais⁵³⁵, quanto nas hipóteses em que há permissivo legal para a adoção de mecanismos alternativos como a conciliação e a arbitragem⁵³⁶. É no primeiro caso, porém, que

brasileira: estudos sobre a proposta da Comissão de Especialistas constituída pelo Governo federal para reforma da organização administrativa brasileira. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 196 e ss.

⁵³⁵ Convém lembrar que, dentre os principais poderes conferidos às Agências Reguladoras Independentes, incluem-se: poder de editar normas abstratas e gerais (poder normativo); poder de emitir licenças e autorizações a particulares (poder de outorga); poder de monitorar as atividades objeto de regulação e de impedir o descumprimento de regras ou objetivos de regulação (poder de fiscalização); poder de aplicar penalidades e compelir o infrator a reparar os danos ou corrigir os efeitos de uma determinada conduta (poder sancionatório); poder de mediar interesses dos grupos que compõem a cadeia econômica regulada (poder de conciliação); e poder de orientar e informar a Administração central, recomendando medidas a serem implantadas através de políticas públicas (poder de recomendação). Ver: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico.** Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 59-67.

⁵³⁶ Carlos Alberto CARMONA conceitua arbitragem como “*meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial*”. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**, 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 31. A arbitragem como mecanismo de resolução de controvérsias envolvendo a Administração é expressamente prevista em inúmeras legislações, a exemplo da Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95 - Art. 23-A), da Lei das PPPs (Lei nº 11.079/04 - Art. 11.), da Lei de comercialização de Energia Elétrica (Lei nº 10.848/04 - Art. 4º, §5º), da Lei sobre o transporte rodoviário de cargas (Lei nº 11.442/07 - Art. 19), da Lei do Gás Natural (Lei nº 11.909/09 - Arts 21, 24, 48 e 49), da Lei sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre (Lei nº 10.233/01 - Art. 35) e da Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/99 - Art. 43, X). É certo que o tema do uso da arbitragem pela Administração Pública para solução de litígios já foi objeto de intensos debates na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Contudo, desde o *leading case* brasileiro sobre o tema (caso Lage - Agravo de Instrumento 52.181/STF), a possibilidade de arbitragem envolvendo a Administração Pública vem sendo aceita na jurisprudência dos Tribunais Superiores (Ver: REsp 954.065/STJ. Rel. Min. Ari Pargendler, 2008; MS 11.308/STF. Rel. Min. Luiz Fux, 2008; REsp 606.345/STJ. Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2007), que reconhecem a capacidade da Administração Pública submeter-se a cláusula compromissória ou compromisso arbitral como meio de resolução na resolução amigável de suas controvérsias. Ver, sobre o tema: DALLARI, Adilson Abreu. **Arbitragem nas concessões de serviço público.** Revista de Informação Legislativa 128/63-67; GRAU, Eros Roberto. **Arbitragem e contrato administrativo,** Revista Trimestral de Direito Público nº 32, p. 14-20, São Paulo: Malheiros, 2000; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Arbitragem e prestação de serviços públicos.** RDA 233/377-385; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Arbitragem nos contratos administrativos,** RDA 209/81-90; MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Arbitragem nos contratos administrativos,** Boletim de Direito Administrativo 13-10/627-676; SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **Arbitragem e os contratos administrativos,** RDA 209/105-107; TÁCITO, Caio, **Arbitragem nos litígios administrativos.** RDA 210/111-115; OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **A arbitragem e as Parcerias Público-Privadas.** Revista Trimestral de Direito Público nº 48/2004, São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pp. 210-232; SUNDFELD, Carlos Ari e CÂMARA,

se afigura mais clara a manifestação de consensualidade administrativa, porquanto o acordo consensual, nesses casos, será resultado do arbitramento realizado pela Agência a partir do exercício da ponderação e busca pela composição de interesses legítimos dos agentes regulados, o que não ocorre na arbitragem, cuja manifestação da consensualidade encontra-se limitada à etapa de celebração do compromisso arbitral⁵³⁷.

São exemplos as leis e os regulamentos de algumas Agências Reguladoras Independentes, como a Lei nº 9.427/96 (ANEEL)⁵³⁸, a Lei nº 9.472/97 (ANATEL)⁵³⁹, a Resolução nº 646/06 (ANTAQ)⁵⁴⁰, o Decreto nº 4.130/02 (ANTT)⁵⁴¹, o Decreto nº 5.731/06 (ANAC)⁵⁴², o Decreto nº 2.455/98 (ANP)⁵⁴³, sem olvidar a Resolução Conjunta nº 02/01, vigente no âmbito da ANATEL, ANEEL e ANP, que prevê a possibilidade de acordo entre as Agências no que tange ao compartilhamento de infraestrutura, a ser homologado pela Comissão

Jacinto Arruda. **O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos**. RDA - Revista de Direito Administrativo. Belo Horizonte, ano 2008, n. 248, maio/ago. 2008.

⁵³⁷ A partir daí, a decisão arbitral é mandatória e definitiva para as partes, sem a possibilidade de recurso junto ao Poder Judiciário. Cf. Art. 31 da Lei nº 9.307/96: “A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

⁵³⁸ Art. 3º Além das atribuições previstas nos [incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29](#) e no [art. 30 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#), de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1º, compete à ANEEL: (...) V - dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores;

⁵³⁹ A Lei Geral de Telecomunicações, em seu artigo 19, inciso XVII, atribui competência à Agência para *compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadores de serviço de telecomunicações*. O inciso XVI lhe atribui competência para *deliberar na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e sobre os casos omissos*.

⁵⁴⁰ Art. 4º À ANTAQ compete: XXXIX - dirimir administrativamente conflitos de interesses entre o Poder Concedente e os prestadores de serviços de transporte aquaviário e de exploração da infraestrutura aquaviária e arbitrar disputas que surgirem entre os referidos prestadores de serviços e entre estes e os usuários;

⁵⁴¹ Art. 2º A ANTT tem por finalidade: II - regular, supervisionar e fiscalizar as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a: (...) b) harmonizar os interesses dos usuários com os das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, preservado o interesse público; e c) arbitrar conflitos de interesses e impedir situações que configurem competição imperfeita ou infração contra a ordem econômica.

⁵⁴² Art. 4º Cabe à ANAC adotar medidas para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade, competindo-lhe: (...) XX - compor, administrativamente, conflitos de interesses entre prestadoras de serviços aéreos e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária;

⁵⁴³ Art. 19. A atuação da ANP, para a finalidade prevista no art. 20 da Lei no 9.478, de 1997, será exercida, mediante conciliação ou arbitramento, de forma a: I - dirimir as divergências entre os agentes econômicos e entre estes e os consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo; II - resolver conflitos decorrentes da ação de regulação, contratação e fiscalização no âmbito da indústria do petróleo e da distribuição e revenda de derivados de petróleo e álcool combustível; III - prevenir a ocorrência de divergências; IV - proferir a decisão final no campo administrativo, com força determinativa, em caso de não entendimento entre as partes envolvidas; V - utilizar os casos mediados como subsídios para a regulamentação.

de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras⁵⁴⁴. Em comum, todas as citadas normas conferem à Agência o poder de decidir em última instância administrativa, sem afastar a competência do Poder Judiciário, mas limitando-a⁵⁴⁵.

⁵⁴⁴ Art. 2º O processo de resolução administrativa de conflitos sobre compartilhamento de infraestrutura será conduzido pelas Agências no exercício da função de órgãos reguladores, objetivando assegurar a ampla, livre e justa competição e os benefícios aos usuários dos serviços. Art. 3º Quaisquer conflitos surgidos entre agentes exploradores de serviços públicos de energia elétrica, prestadores de serviços de telecomunicações de interesse coletivo e agentes exploradores de serviços de transporte dutoviário de petróleo, seus derivados e gás natural, em matéria de aplicação e interpretação do Regulamento Conjunto para Compartilhamento de Infra-Estrutura entre os Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo, quando das negociações e da execução de contratos, poderão ser submetidos à apreciação das Agências. Art. 19. O início do procedimento administrativo de que trata este Regulamento condiciona-se à existência de negociação ou tentativa de negociação entre as partes e à ciência dos agentes de que será requerida a atuação das Agências no conflito.

⁵⁴⁵ Cf. GUERRA, Sérgio. **Discrecionalidade administrativa – limitações da vinculação legalitária e propostas pós-positivistas**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CAPÍTULO IV – IMPACTOS DA ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL NA TEORIA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

4.1. O aumento da complexidade ante o reconhecimento da multiplicidade de contratos

Como se pretendeu demonstrar no capítulo precedente, o conceito de *contratualidade administrativa* abrange uma pluralidade de figuras contratuais antigas e novas do Direito administrativo brasileiro, além de outras ainda sem expressa previsão no Direito posto. Cada modalidade apresenta regimes jurídicos próprios, decorrentes da regulamentação em leis esparsas, e resultará na celebração de contratos com o Poder Público por meio dos quais serão reguladas as condições em que a contratação deverá se desenvolver, com maior ou menor abertura ao consenso no momento de definição das regras contratuais, da execução do objeto e de sua terminação.

A exposição teve por objetivo não apenas melhor conhecer a matéria contratual no domínio da Administração Pública, mas principalmente demonstrar como o tema das contratações administrativas assume entre nós, cada vez mais, inegável importância prática. A ampliação do recurso aos contratos revela também outro fator: o expressivo aumento da complexidade da matéria contratual ante a diversidade de instrumentos, técnicas, objetivos, interesses e regimes.

Neste momento, uma nota de esclarecimento se faz necessária em relação ao conceito de contrato adotado na presente Dissertação. É que, diante da proliferação de instrumentos na prática administrativa decorrente das manifestações de *contratualidade* aludidas no capítulo precedente – sem ainda o amadurecimento da reflexão doutrinária a este respeito –, muitas dúvidas surgem acerca do correto enquadramento jurídico desses novos módulos contratuais da Administração, em especial no tocante à natureza jurídica dessas novas figuras⁵⁴⁶. Há, por

⁵⁴⁶ Os questionamentos sobre estas novas espécies de pactos já eram apontados por CHEVALLIER, por ocasião do estudo dos impactos da governança pública sobre o Direito: “Essa penetração da lógica contratual no centro da esfera pública levanta diversos tipos de problemas: o da força jurídica de documentos cuja natureza contratual pode ser colocada em dúvida; o da compatibilidade dessa contratualização com a existência de uma ordem interior administrativa. A aclimação dessa lógica, ao final de um trabalho de interpretação jurisprudencial e

exemplo, quem negue a natureza de contrato a esses novos módulos consensuais de ação estatal, sobretudo quando lhes falte uma aventada contraposição de interesses⁵⁴⁷ ou uma pretensão de intercâmbio patrimonial⁵⁴⁸. Há aqueles que vão até mais além para negar a possibilidade de celebração de algumas dessas espécies de acordos, sob o argumento de violação aos princípios da legalidade estrita, da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, o que ocorre com frequência em relação aos módulos substitutivos de atos unilaterais⁵⁴⁹ e aos mecanismos alternativos de solução de controvérsias⁵⁵⁰.

Há ainda quem, ao negar o caráter contratual de muitos desses novos pactos, prefere classificá-los como “*acordos destituídos de natureza contratual*”, categoria em que estariam incluídos os consórcios, os convênios, os acordos de programa e outros pactos específicos desse gênero. Segundo tal concepção, quando ausentes prestações recíprocas ou interesses antagônicos, estaríamos diante de atos jurídicos bilaterais ou atos complexos, nos quais “a

doutrinal, é reveladora desse fenômeno”. CHEVALLIER, Jacques. **A governança e o direito**. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 129-146, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 17 set. 2013.

⁵⁴⁷ Esse argumento é em geral utilizado para negar a natureza contratual dos convênios, “*tendo em vista que a existência de interesses opostos e contraditórios constitui uma das características presentes nos contratos em geral*”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**, 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 226. O tema foi cuidadosamente analisado por Odete MEDAUAR, onde a autora afasta os argumentos contrários para concluir favoravelmente à natureza contratual dos convênios. Cf. MEDAUAR, Odete. **Convênios e Consórcios Administrativos**, In: Boletim de Direito Administrativo - BDA, São Paulo, NDJ, agosto 1995, ano 11, nº 8.

⁵⁴⁸ Ao analisar os contratos de gestão com Organizações Sociais, Egon Bockmann MOREIRA conclui: “*os contratos de gestão das Organizações Sociais não são sinalagmáticos nem tampouco comutativos, pois não possuem prestações equivalentes e/ou recíprocas. Não podem visar ao lucro nem tampouco à distribuição de riquezas entre os signatários, mas se dirigem ao atingimento do fim público que lhes é comum. (...) Os contratos de gestão não se subsumem nem mesmo à concepção mais aperfeiçoada acerca da ‘natureza funcional’ dos contratos administrativos, que os afasta dos contratos típicos de direito privado para inseri-los numa categoria de instrumentos a serviço do interesse público. Isso porque mesmo essa construção pressupõe a legítima busca do lucro pelas pessoas privadas que firmam o contrato administrativo. (...) A conclusão é uma só: os contratos de gestão não são contratos, tampouco contratos administrativos. Não possuem a natureza de um negócio jurídico contratual. (...) Os contratos de gestão têm natureza jurídica que poderia ser qualificada de ‘acordos cooperativos funcionalizados’: manifestações plurilaterais de compromisso, cujos objetivos devem ir além dos limites dos interesses íntimos dos participantes. Não albergam interesses patrimoniais quer contrapostos quer próprios dos signatários, mas se dirigem a, mediante cooperação e aplicação de recursos (Estado) e trabalho (OS), atingir um fim compartilhado, que exclusivamente beneficie a terceiros (a coletividade)*”. **Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e seus “vínculos contratuais” com o Estado**. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 6, n. 62, abr. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 9 set. 2013.

⁵⁴⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública: Comentários por Artigo**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 4.

⁵⁵⁰ Sobre o tema, ver SUNDFELD, Carlos Ari; e CÂMARA, Jacintho Arruda. **O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos**. RDA - Revista de Direito Administrativo. Belo Horizonte, ano 2008, n. 248, maio/ago. 2008.

consensualidade (...) se define com a manifestação coincidente da disposição das partes de integrar suas vontades e seus meios próprios para a obtenção de um resultado jurídico (e fático) que atenda ao interesse comum”⁵⁵¹. O resultado prático desta visão é a contraposição entre contratos administrativos, de um lado, e módulos consensuais de ação administrativa (não contratuais), de outro.

A Dissertação, contudo, sem aderir às definições restritas de contrato, considera as novas fórmulas consensuais de ação administrativa como manifestações contratuais da Administração, assumindo-se a definição jurídica ampla de contrato enquanto: “*acordo entre duas ou mais pessoas feito em vista da produção de efeitos jurídicos obrigatórios, os quais se impõem apenas às pessoas que o subscrevem*”⁵⁵², ou ainda como relação convencional na qual, “*mediante acordo de vontades, seja criada uma situação jurídica individual (isto é, aplicada àqueles determinados indivíduos)*”⁵⁵³. E mais, considera que estas espécies de contratos pertencem à categoria dos contratos administrativos, segundo uma visão renovada desse instituto que aqui procuraremos afirmar (ver capítulo V), o que não deve significar, como

⁵⁵¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 207-211. Para o mesmo autor, a consensualidade se materializaria no gênero *pacto* ao lado dos *contratos administrativos*, porém, enquanto as prestações são recíprocas nos contratos administrativos (interesses distintos), as prestações nos acordos administrativos são integrativas, pois matizadas por interesses comuns. **Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 35-53, out/dez. 2003, p. 41. Para Gustavo Justino de OLIVEIRA, a consensualidade abrange o contrato administrativo, mas vai além para também integrar outras técnicas de gestão negociais. **Contrato de Gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 285.

⁵⁵² GONÇALVES, Pedro António P. Costa. **Regulação administrativa e contrato**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, jul./set. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 11 set. 2013. A propósito do conceito alargado de contrato na doutrina portuguesa, o autor menciona, embora com variações e notas dissonantes entre si, os seguintes autores: Manuel de ANDRADE, **Teoria geral da relação jurídica**, II, Coimbra, Almedina, 1966, p. 38 e segs.; Carlos Alberto da MOTA PINTO, **Teoria geral do direito civil** (4ª edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto) Coimbra, Coimbra Editora, p. 647; Carlos Ferreira de ALMEIDA, **Contratos I**. Coimbra: Almedina, p. 27 e segs.; António Menezes CORDEIRO, **Tratado de direito civil português**, I, Parte Geral, Tomo I, 2007, p. 459 e segs.; Pedro PAIS DE VASCONCELOS, **Teoria Geral do Direito Civil**, Coimbra, Almedina, 2007, p. 525 e segs.; Francisco M. de Brito Pereira COELHO, **Contrato – evolução do conceito no direito português**, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LXIV, 1988, Coimbra, p. 233 e segs.

⁵⁵³ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro**. São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 377. A definição parte da formulação de DUGUIT, segundo a qual a situação jurídica subjetiva caracterizadora do contrato consiste em uma situação “*concreta, individual, momentânea, que não foi criada pelo direito objetivo, que não existiria a cargo desse indivíduo por aplicação de uma regra qualquer de direito objetivo*” (p. 240).

veremos, a submissão de todos a um mesmo regime jurídico⁵⁵⁴. A concepção de contrato administrativo aqui adotada alinha-se, portanto, com a doutrina de Odete MEDAUAR, para quem:

“Na verdade, tanto os contratos administrativos clássicos como os novos tipos contratuais incluem-se numa figura contratual, num módulo contratual. Tal afirmação pode ser feita se for deixada de lado a concepção restrita de contrato, vigente no século XIX, centrada na autonomia da vontade, na igualdade absoluta entre as partes e na imutabilidade da vontade inicial das mesmas. Se for retomada a ideia básica de contrato, predominante na Grécia clássica e no direito romano mais antigo, centrada no ‘intercâmbio de bens e prestações’, regido pelo direito, pode-se cogitar de um módulo contratual, formado por vários tipos de contrato, com regimes jurídicos diversos. É a linha aqui seguida”⁵⁵⁵.

Ainda que se reconheça certa relativização da importância da categorização do instituto para fins de determinação de seu regime jurídico⁵⁵⁶, entende-se que a relevância da

⁵⁵⁴ O relevante a notar aqui é que, diferentemente do critério predominante adotado pela doutrina administrativista, que considera o critério das cláusulas exorbitantes ou do regime jurídico exorbitante o principal critério de diferenciação entre os contratos administrativos e os contratos de direito privado da Administração, a proposta de conceituação de contrato administrativo adotada na presente Dissertação afasta-se dessa dualidade de regimes para considerar como contrato administrativo todo aquele que cria, modifica ou extingue relações jurídicas de Direito Administrativo, independentemente da presença ou não do regime jurídico exorbitante. Assim, alinhamos nosso pensamento à constatação de Mark-Bobela KIRKBY, quando afirma que: “...a partir do momento em que a generalidade dos ordenamentos jurídico-administrativos tributários do *droit administratif* francês consagraram a figura do contrato administrativo e positivaram um regime substantivo próprio deste tipo de contratos, o debate sobre a existência, o conceito, ou a autonomia dogmática do contrato administrativo passou para o segundo plano: o contrato administrativo é o contrato que, nos termos da lei, vive o regime que cada ordenamento jurídico associa a essa figura e será sempre um contrato que cria, modifica ou extingue relações jurídicas reguladas pelo direito comum da atividade administrativa de gestão pública, i.e., pelo direito administrativo”. **Contratos sobre o exercício de poderes públicos: o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral**. Coimbra Editora, 2011, p. 207. Veja-se, nesse sentido, a opinião de Fernando Dias MENZES DE ALMEIDA: “contrato administrativo há de ser compreendido como elemento pertencente ao gênero próximo contrato porque comunga da mesma essência do contrato enquanto categoria jurídica geral; e como possuidor da diferença específica administrativo porque sofre potencialmente a incidência do regime de Direito público inerente a toda ação administrativa, acompanhado, em distintos graus, de prerrogativas de ação unilateral”. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro**. São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 351.

⁵⁵⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**, 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 216-217. A autora arrima-se na doutrina do Direito comparado: Soto KLOSS (Chile); Prosper WEIL e René CHAPUS (França); Massimo Severo GIANNINI e Rosario FERRARA (Itália).

⁵⁵⁶ Segundo PALMA: “...a natureza jurídica do acordo administrativo compreendido na definição estrita depende fundamentalmente do conceito que se adote de ato administrativo, negócio jurídico e contrato administrativo, o que é verdadeiramente uma *celeuma* no Direito Administrativo brasileiro. Há pouca utilidade na classificação do ato consensual em uma ou outra tradicional categoria do direito público. A nota da atipicidade na consensualidade reforça a inviabilidade em buscar o enquadramento dogmático da deliberação consensual. A secular finalidade de identificar a natureza jurídica para determinar o regime jurídico aplicável aos institutos mostra-se hoje bastante limitada por conta da especialização do Direito Administrativo em ordenamentos setoriais”. PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos**

identificação desses novos módulos convencionais como espécies verdadeiras de contratos implica em melhor situá-los no ordenamento jurídico em vista dos efeitos que tal reconhecimento pode gerar⁵⁵⁷. Quer-se dizer que a inclusão de determinada relação jurídica como contrato irradia efeitos tanto sobre o caráter vinculante do acordo celebrado (força obrigatória do pacto), quanto do maior equilíbrio reconhecido às partes contratantes diante da natureza consensual ou negocial das estipulações, ainda que em dadas situações a Lei já tenha previamente definido parte do regime contratual a ser aderido pela parte que contrata com a Administração⁵⁵⁸. A sua qualidade de “administrativo”, por seu turno, faz lembrar que uma das partes do contrato é a Administração, tendo por objeto o cumprimento direto ou indireto de uma função administrativa, submetido por isso aos ditames do Direito público que, se não incidem diretamente sobre o instrumento contratual, interferem, ainda que indiretamente, na sua celebração, execução e terminação (ver a este respeito o tópico 5.5. da Dissertação).

O sentido amplo de contrato aqui adotado encerra, portanto, a ideia de *pacto, de ajuste, como convergência de vontades, que vincula as partes, sendo uma dessas partes a Administração Pública, tendo por objeto que corresponda direta ou indiretamente ao cumprimento de uma função administrativa, e que se perfaz por um acordo livre (não compulsório) de vontades*. Nessa acepção ampla, referimos ao contrato como uma fonte normativa relativamente autônoma – segundo a construção de Kelsen⁵⁵⁹ entre fonte normativa autônoma e heterônoma –, porque estabelece preceitos normativos vinculantes que

substitutivos no processo administrativo sancionador. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2010, p. 104.

⁵⁵⁷ Sob o ponto de vista dos efeitos que produz, vale citar a lição de Caio Mário da Silva PEREIRA a respeito do instituo contratual: “...o contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos. Dizendo-o mais sucintamente, (...) podemos definir contrato como o acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos”. **Instituições de Direito Civil, v. 3. Contratos.** 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 7.

⁵⁵⁸ A respeito do tema, Fernando Dias MENZES DE ALMEIDA tece, a partir das ideias de DUGUIT e Kelsen, interessante observação quanto a criação de situações subjetivas e situações objetivas. Após esclarecer as diferenças entre situações jurídicas objetivas (decorrentes de lei ou regulamento) e as situações jurídicas subjetivas (decorrentes do acordo de vontade das partes), que remetem aos conceitos de ato-condição e de contrato em sentido estrito, respectivamente, o autor conclui, ante a complexidade atual, que o sentido renovado de contrato administrativo deve contemplar as duas situações, acolhendo a possibilidade de gradações entre situações objetivas e subjetivas. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro.** São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 235 e 377-378.

⁵⁵⁹ Kelsen, Hans. **Teoria pura do Direito.** 1ª ed. brasileira, Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 275 e ss.

são estabelecidos em relação às partes como resultado do acordo de vontades (e não por força de uma convenção externa como é o caso da Lei).

Mas a principal vantagem do reconhecimento da natureza contratual desses novos modelos pode mesmo ser identificada a partir da constatação feita por Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA, segundo a qual, no Brasil, “a ideia de que o conceito de contrato deva ter uma aplicação restrita a certos casos leva, em muitas situações, a que não se investigue, criticamente, a razão para que incida ou não determinado regime jurídico em relação a um ‘convenção’”⁵⁶⁰. Diante desse fato, o autor assevera que, no Brasil: “o Direito ressentia-se da falta de precisão de uma expressão usual para designar o gênero equivalente à convenção, ainda que muitas vezes se queira fazer a distinção entre contrato em sentido estrito e outras figuras (...)”⁵⁶¹. O resultado disso é a enorme confusão decorrente do uso inadvertido de diferentes expressões segundo as preferências de cada autor ou legislador, ora atribuindo nomenclaturas distintas para se referir ao mesmo instrumento⁵⁶², ora conferindo a mesma denominação a espécies convencionais diferentes⁵⁶³.

E pior, como ainda é tradição no Brasil definir-se o regime jurídico a partir da natureza jurídica atribuída a um dado instituto, a diversidade de classificações e opiniões acaba dificultando sobremaneira a atividade do intérprete da lei, até mesmo porque, por vezes, a designação diferenciada é cominada com o único propósito de afastar a incidência de um determinado regime jurídico fechado disciplinado por lei que a sua classificação poderia acarretar⁵⁶⁴, e não como decorrência da investigação mesma de sua natureza⁵⁶⁵. Tal é o que

⁵⁶⁰ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro**. São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 56-57.

⁵⁶¹ Id. Ibid., p. 87 e 201.

⁵⁶² A divergência doutrinária acima noticiada é suficiente para comprovar tal confusão.

⁵⁶³ É o que ocorre, por exemplo, com os contratos de gestão, cujo nome é utilizado tanto para se referir à hipótese prevista no §8º do Art. 37 da Constituição Federal, quanto para designar o contrato de gestão firmado com Organizações Sociais, disciplinado pela Lei nº 9.637/98.

⁵⁶⁴ A situação é muito bem retratada nas palavras de Vitor Rhein SCHIRATO: “Há muito vigora o entendimento de que os contratos firmados pela Administração Pública poderiam ser divisados entre contratos administrativos e contratos da Administração Pública. Os primeiros seriam os contratos administrativos propriamente ditos, com a abundância de cláusulas exorbitantes, poderes da Administração Pública, possibilidade de rescisão unilateral etc. Já os segundos seriam contratos firmados pela Administração Pública segundo o regime “comum” do direito privado, sem qualquer das prerrogativas típicas dos contratos administrativos. Essa teoria tem como fundamento a necessidade de explicar uma realidade inafastável: a incompatibilidade do regime jurídico típico dos contratos administrativos com um sem-número de contratos firmados pelo Estado. É dizer: afirmando que os contratos firmados pela Administração Pública são contratos administrativos, resta um problema derivado de contratos que

sucedo no Brasil, por exemplo, quando se procura afastar a natureza contratual dos convênios, consórcios, acordos e outros instrumentos congêneres e dos contratos substitutivos de atos unilaterais⁵⁶⁶.

Por essas razões, tanto do ponto de vista teórico quanto prático, entende-se que não há como afastar o reconhecimento da natureza contratual dessas novas espécies de pactos. Assim é porque, ao invés de procurar excluir da noção de contrato muitas das espécies novas de afloram no mundo contemporâneo, com o objetivo de preservar um conceito restrito e rígido de *contrato administrativo* “típico” – estagnando assim o avanço do estudo sobre a teoria geral do contrato administrativo –, há que se reconhecer o profundo alargamento da noção de contrato administrativo nos tempos recentes diante das manifestações da *contratualidade* no âmbito de atuação da Administração. Ou seja, o conceito de contrato administrativo deve ser alargado para nele serem incorporadas as complexidades inerentes à introdução nesses novos módulos convencionais que surgem, o que implicará, como veremos, em uma necessária reformulação da teoria geral ainda prevalecente entre nós.

4.1.1. O caso dos contratos substitutivos ou integrativos de atos unilaterais

O problema em torno do reconhecimento da natureza contratual dos novos módulos originários da contratualização assistida nas últimas décadas se coloca ainda mais agudo quando se verifica a introdução de técnicas consensuais como alternativa à prática de atos de autoridade. Com efeito, a descrição dos dispositivos legais e regulamentares empreendida no capítulo anterior foi capaz de demonstrar que os contratos como alternativa a atos unilaterais no

não admitem o regime jurídico típico dos contratos administrativos”. **Contratos administrativos e contratos da Administração Pública: pertinência da diferenciação?** Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 177-186, set. 2012/fev. 2013.

⁵⁶⁵ Ao comentar o Art. 2º da Lei nº 8.666/93 (Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos), Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA ressalta “*que este dispositivo já aponta para insuficiência sistemática do tratamento do tema no Brasil*”, na medida em que “*compreende, de fato, que contrato é a expressão mais usual; e admite, implicitamente, que por vezes, na prática, se recorre a outra expressão, possivelmente para se evitar determinado regime jurídico*”, ao preocupar-se em “*afirmar que aquilo que ela mesma diz contrato há de abranger todo e qualquer acordo de vontades para a formação de vínculos jurídicos, independentemente do nome que possua*”. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro**. São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 87 e 201.

⁵⁶⁶ Note-se que a própria Lei nº 8.666/93, ao se referir aos “convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres”, o faz para afastá-los da incidência do regime jurídico que ela mesma atribui aos ditos “contratos administrativos”, aplicando-se os seus termos apenas “no que couber” (Art. 116). A nosso ver, a confusão, embora positivada, em nada aproveita à teoria geral que pretenda melhor compreender o fenômeno contratual da Administração.

domínio das funções de típica autoridade são, também no Brasil – a exemplo da experiência internacional –, uma realidade da Administração atual, resultado do processo evolutivo desenvolvido no âmbito da própria Administração ao longo das últimas décadas no sentido de substituição da autoridade pelo consenso, que demarca a passagem da Administração centrada no ato unilateral para a Administração que também atua por intermédio de acordos negociados com os destinatários (Administração-consensual).

Tais acordos se prestam, no Brasil, a basicamente duas funcionalidades distintas, bem identificadas na obra de Juliana Bonacorsi de PALMA: (i) acordos substitutivos de atos unilaterais, que são aqueles em que *“há a terminação consensual do processo administrativo por meio da celebração de acordo administrativo entre a Administração Pública e o administrado”*, deixando a Administração *“de emitir ato imperativo e unilateral”*; e acordos integrativos, que *“não encerram o processo administrativo no qual são celebrados, pois voltados à viabilização da emissão pela Administração Pública do ato final, imperativo e unilateral, de forma mais célere ou mais adequado às especificidades do caso concreto”*⁵⁶⁷. A

⁵⁶⁷ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2010, p. 190-191. Embora a classificação dualista inspirada na Lei de processo administrativo italiana sirva a contento para a experiência brasileira, convém assinalar que a estas espécies de exercício contratualizado do poder estatal poderíamos acrescentar as categorias destacadas por Mark Bobela-Mota KIRKBY, em sua obra dedicada especificamente à análise dos **“Contratos sobre o exercício de Poderes Públicos”**. Tomando como pano de fundo os ordenamentos italiano e espanhol, o autor identifica as seguintes categorias de *“contratos de subordinação a partir da ligação funcional que tem ao procedimento de emanação de actos administrativos e ao seu impacto sobre o acto administrativo que pudessem por ou venha a por termo ao procedimento”*: 1) **Acordos prévios à tramitação de procedimento**: celebrados entre a Administração e os particulares tendo por objeto a delimitação total ou parcial do conteúdo de um ato administrativo que será praticado no futuro. A Administração e o privado se comprometem com certos limites e configurações que permitem uma adequada articulação dos interesses no âmbito de um procedimento qualquer; 2) **Acordos endoprocedimentais** – São aqueles acordos tomados no curso de um procedimento e que envolvem uma definição consensual sobre o conteúdo de um provimento, uma transação no curso de uma decisão interlocutória no curso de um procedimento. Podem envolver um conteúdo discricionário de um ato administrativo final (Ex.: termo de cessação de conduta), ou versar sobre um procedimento (Ex.: arrolamento de testemunhas no processo administrativo); 3) **Acordos substitutivos de atos administrativos** – São aqueles que põem termo a um procedimento em substituição a um ato administrativo, mas buscando alcançar as mesmas finalidades que o ato administrativo substituído (Ex.: acordos substitutivos de sanção); e 4) **Acordos integrativos de atos administrativos** – São aqueles que regulam alguns aspectos da relação jurídica surgida de um ato ou procedimento administrativo, dando-lhes eficácia (Ex.: alvará com medidas mitigadoras do trânsito). No aspecto das obrigações e dos efeitos gerados para as partes, o autor distingue ainda as seguintes categorias: 1) contratos de troca ou com obrigações para as partes e contratos compositivos; 2) contratos com efeitos de execução imediata e contratos com efeitos de execução diferida ou continuada; 3) contratos geradores de obrigações e contratos decisórios; 4) contratos em que a obrigação da Administração se consubstancia na prática ou no dever de praticar ou de não praticar atos jurídicos e contratos em que a obrigação da Administração envolve também a realização de operações materiais. Cf. KIRKBY, Mark Bobela-Mota. **Contratos sobre o exercício de poderes públicos: o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral**. Coimbra Editora, 2011, p. 279 e ss.

diferença principal entre as duas categorias encerra-se na finalidade processual, ou seja, se o acordo terá por finalidade terminar o processo (substituindo o ato) ou integrá-lo através do “*delineamento do exercício da prerrogativa imperativa pela Administração Pública de forma negociada*”⁵⁶⁸.

As principais vantagens da adoção dessa prática podem ser resumidas em trazer: (i) maior flexibilidade na composição de relações jurídicas diante das necessidades dos casos concretos; (ii) maior informalidade da via contratual em relação ao ato administrativo; (iii) redução da litigiosidade administrativa, na medida em que pressupõe o acordo do interessado quanto aos termos do acordo a ser cumprido; (iv) maior eficiência da atividade administrativa, uma vez que o acordo tem mais chances de ser cumprido pelos interessados; (v) maior efetividade de tutela do interesse positivo da Administração na prestação do administrado (possibilidade de ação condenatória para cumprimento do contrato)⁵⁶⁹.

Ocorre que a introdução dessa nova forma de atuar da Administração brasileira traz consigo inúmeros desafios à luz da teoria dos contratos administrativos vigente entre nós. A dificuldade origina-se já diante da perspectiva dualista da matéria contratual no domínio da Administração herdada das lições francesas, que separa, de um lado, os *contratos administrativos* e, de outro, os *contratos de direito privado* da Administração, ambos para compreender contratações cujo objetivo é a aquisição junto a particulares de bens e serviços, porém sujeitos a regimes jurídicos distintos (público X privado).

O problema é que a teoria *dual* do contrato administrativo acolhida pelo Direito positivo nacional e de larga aplicação na doutrina e jurisprudência pátria – como vimos no primeiro capítulo da Dissertação –, não abarca situações mais complexas como as que o Poder Público se socorre do acordo para substituir o exercício de uma prerrogativa de decidir unilateralmente (típica hipótese de contrato administrativo no Direito alemão⁵⁷⁰). Significa dizer que, em matéria de contratos da Administração, o ordenamento jurídico-administrativo nacional não contempla hipóteses em que a Administração dispensa a prática de ato unilateral

⁵⁶⁸ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2010, p. 197.

⁵⁶⁹ KIRKBY, Mark Bobela-Mota. **Contratos sobre o exercício de poderes públicos: o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral**. Coimbra Editora, 2011, p. 39-52.

⁵⁷⁰ Id. Ibid., p. 18-19.

para compor interesses com o destinatário pela via consensual. Diferentemente de outros sistemas (como o Alemão e o Português, como vimos), em que tal situação implica no reconhecimento da figura do *contrato administrativo*, o conceito atribuído ao *contrato administrativo* no Direito brasileiro possui, ainda, um significado menos abrangente.

Assim, na medida em que a nova forma de atuar (com assento no direito positivo, frise-se) representa a introdução de uma espécie contratual nova, originária de um sistema jurídico-administrativo informado por diferentes maneiras de conceber e disciplinar a atividade e o regime jurídico próprio dos contratos da Administração, a possibilidade de substituição do ato unilateral pelo contrato gera, entre nós, inúmeras perplexidades, muitas vezes decorrentes do fato de que os novos módulos contratuais são analisados sob a visão (requisitos, características, regime) dos contratos administrativos tradicionais, procurando situá-los numa categoria concebida para finalidades distintas⁵⁷¹.

Não são incomuns questionamentos envolvendo suposta afronta aos princípios da Administração Pública na substituição do ato unilateral pelo contrato, em especial em face dos princípios da legalidade, da igualdade, da imparcialidade, da supremacia e da indisponibilidade do interesse público⁵⁷². A partir de uma visão desfocada do instituto⁵⁷³, colocam-se dúvidas e objeções sobre (i) a natureza jurídica desses ajustes (se são contratos ou são atos jurídicos bilaterais ou atos-condição); (ii) a sua capacidade de criar obrigações para as partes; (iii) a possibilidade de a Administração Pública transacionar sobre o exercício de poderes públicos, em vista do risco de “alienação” desses poderes; (iv) a possibilidade da Administração celebrar acordos sem prévia e expressa autorização legislativa, entre outros.

⁵⁷¹ A diferença de objetivos é bem esclarecida por Mark Bobela-Mota KIRKBY no contexto do direito português (que, neste aspecto, em tudo aproveita ao caso brasileiro): “Aos contratos de colaboração contrapõem-se os contratos administrativos com objecto passível de acto administrativo, ou de subordinação. São contratos que tem por objecto próprio exercício do poder administrativo, designadamente o poder de decisão unilateral, ou seja, que são celebrados entre a Administração e o particular com o objectivo de definir contornos de uma situação jurídica administrativa que poderia, em alternativa, ser conformada por via unilateral pela Administração através da prática de um acto administrativo (...), no qual o particular não surge como um mero prestador de serviços ou fornecedor de bens, mas na qualidade de administrado”. **Contratos sobre o exercício de poderes públicos: o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral**. Coimbra Editora, 2011, p. 19.

⁵⁷² PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2010, p. 136.

⁵⁷³ A expressão “desfocada” aqui não tem o sentido pejorativo de algo destituído de foco ou sem direção. Quer-se apenas alertar para o fato de que a questão dos contratos substitutivos de atos unilaterais é, em geral, analisada com foco na figura do contrato administrativo segundo a teoria clássica do instituto (cuja finalidade é a prestação de bens e serviços), e não com foco no próprio acordo substitutivo como contrato que se presta a finalidade distinta.

Mas como explicar e fundamentar, então, a existência de inúmeras leis e atos normativos que preveem justamente a hipótese de substituição ou integração de atos unilaterais por contratos no Direito Administrativo brasileiro? Deve-se considerá-las [todas] hipóteses vedadas pelo nosso ordenamento, negando os potenciais benefícios que a prática pode trazer para a melhoria da eficiência administrativa? Ou deve-se reconhecer a existência e a possibilidade da Administração celebrar estas espécies de pactos, procurando melhor compreendê-los e situá-los dentro do ordenamento em vista da sua natureza jurídica, finalidades e características essenciais? Obviamente, considera-se adequado adotar a segunda postura, não apenas para reconhecer a relevância prática do instituto diante do novo contexto de Administração consensual e dialógica, mas principalmente para enfrentar, sob o viés teórico-científico, os inúmeros desafios que se apresentam para os juristas diante da introdução dos módulos convencionais alternativos a atos unilaterais no horizonte de estudo do Direito Administrativo brasileiro.

As principais polêmicas envolvendo tais modalidades de acordos consensuais resumem-se atualmente em saber: (i) se esses pactos substitutivos ou integrativos à decisão unilateral podem ou não ser considerados como espécies do gênero *contratos administrativos*; (ii) se tais módulos convencionais podem ser celebrados mesmo quando ausente lei específica que expressamente autorize a sua celebração pela Administração; ou ainda (iii) qual o regime jurídico aplicável a estas espécies de acordos quando ausente uma delimitação precisa na norma habilitante. Todas estas questões, por certo, ainda estão por tratar na teoria do Direito Administrativo nacional. Nada obstante, a partir do avanço legislativo e dos trabalhos empreendidos pela doutrina estrangeira – notadamente portuguesa⁵⁷⁴ –, bem como dos poucos (porém valiosos) trabalhos existentes no Brasil a respeito do tema, pode-se ensaiar já algumas linhas de respostas a todas estas inquietações.

Em primeiro lugar, quanto à natureza jurídica desses novos acordos administrativos, já afirmamos não haver razão para não considerarmos estas modalidades de ajustes como espécies – novas, é verdade –, de contratos da Administração. Ora, na medida em que as duas figuras são acordo entre duas ou mais pessoas feito em vista da produção de efeitos jurídicos

⁵⁷⁴ Devido à semelhança com o Brasil em matéria de contratos da administração, ambos fortemente influenciados pela concepção francesa.

obrigatórios, os quais se impõem apenas às pessoas que o subscrevem, indubitável estarmos diante de espécies da categoria jurídica “contrato”⁵⁷⁵.

Acredita-se, como já dissemos, que a negação quanto à natureza contratual decorra, em grande medida, do apego excessivo da doutrina aos padrões clássicos de contratos administrativos herdados da França, em vista dos quais o contrato substitutivo do ato, em princípio, não encontra assento. Isto porque, como ensina ENTERRÍA, os contratos administrativos de construção jurisprudencial francesa são “*contratos em que a Administração se apresenta mais como cliente dos empresários privados do que como um poder sobre os mesmos*”⁵⁷⁶. São, em suma, contratos de colaboração pelos quais “*a Administração se socorre com o objetivo de adquirir aos particulares os bens e serviços de que necessita para prosseguir as suas tarefas públicas*”⁵⁷⁷, originários da necessidade francesa de organização e funcionamento dos serviços públicos. Com este sentido, a jurisprudência francesa, em geral, rejeita a possibilidade de celebração de contratos sobre o exercício de poderes administrativos, em vista de princípios de Direito administrativo como a irrenunciabilidade ou inalienabilidade do interesse público⁵⁷⁸. A partir dessa visão, parte da doutrina brasileira parece encontrar fundamento para afastar a possibilidade de pactuar com o interesse público, negando a possibilidade de negociação de prerrogativas estatais, sob pena de afronta aos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público (ver tópicos 1.6 e 1.7).

No entanto, se deixarmos um pouco de lado esta perspectiva tradicional da noção de contrato administrativo e voltarmos os olhos para a experiência internacional mais recente em matéria de contratações públicas, veremos que o tema dos contratos sobre o exercício de

⁵⁷⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **O contrato administrativo como categoria jurídica**. In: BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; e DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Contratações Públicas**. Estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp. 115-131. Para o autor: “...consecutário de uma obrigação, o contrato resulta de um acordo de vontades. A autonomia, temperada pela função social do contrato, constitui elemento imprescindível a ser observado em qualquer avença. Do mesmo modo, os princípios *lex inter partem* e *pacta sunt servanda* fazem certo que o contrato é a lei entre as partes e que estas, devidamente ajustadas, devem observar o que foi pactuado” (p. 129).

⁵⁷⁶ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La figura del contrato administrativo**. In RAP, nº 41, Madri, 1963. Disponível em: <<http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1963041099.PDF>>. Acesso em 10 Set 2013.

⁵⁷⁷ KIRKBY, Mark Bobela-Mota. **Contratos sobre o exercício de poderes públicos: o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral**. Coimbra Editora, 2011, p. 18-19.

⁵⁷⁸ Como nos dá conta a obra de RICHER, na França consolidou-se o entendimento – evidentemente influenciado pela obra de Otto MAYER – de que seria inválido qualquer contrato que visasse ou resultasse na negociação de autoridade estatal, diante do princípio geral que veda a alienação desses poderes. RICHER, Laurent. **Droit des contrats administratifs**, 3ª ed., Paris: L.G.D.J., 2002.

poderes públicos encontra-se muito mais desenvolvido não só em termos de teoria que se pretenda aplicar aos contratos da Administração, mas também – e principalmente – em termos de Direito positivo.

Adotando como paradigma um dos mais avançados sistemas nesta matéria, o Direito português⁵⁷⁹, já vimos que há norma habilitante para a Administração se valer do contrato em substituição ao ato unilateral. Tal possibilidade veio expressamente prevista no Art. 185, 3, ‘a’, com redação alterada pelo Decreto-Lei nº 6/1996 (Código de Procedimento Administrativo de Portugal), sob a denominação de “*contratos administrativos com objeto passível de acto administrativo*”, em contraposição aos “*contratos administrativos com objeto passível de contrato de direito privado*”. O interessante a notar é que tal construção normativa foi resultado do trabalho da doutrina do Direito Administrativo português (a divisão foi oferecida por José Manuel SÉRVULO CORREIA ainda em 1987⁵⁸⁰), denotando o quão avançados estavam os estudos acerca dos contratos sobre o exercício de poderes públicos nesse sistema.

Mais recentemente, com a aprovação do Código dos Contratos Públicos – CCP (Decreto-Lei nº 18/2008), o Direito português passou a reconhecer um verdadeiro princípio da *autonomia pública contratual*, habilitando o Poder público a adotar a via contratual sempre que não existir disposição legal que proíba o recurso à figura do contrato administrativo. Assim restou estabelecida, também no Direito português, a regra da fungibilidade entre as figuras do ato e do contrato administrativo inaugurada pelo Direito alemão, confirmando-se a natureza jurídica de contrato administrativo dessas espécies de *contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos* (conforme redação atual do CCP português).

⁵⁷⁹ Mark Bobela-Mota KIRKBY conclui que o Direito português é o mais avançado em matéria de contratos sobre o exercício de poderes públicos (o equivalente no Brasil aos contratos substitutivos de atos unilaterais). Segundo a constatação do autor: “*Julgamos (...) que será justo reconhecer que, com o CPP, quer pela abrangência do regime geral substantivo dos contratos administrativos, quer pelas regras específicas dedicadas aos contratos sobre o exercício de poderes públicos, estamos hoje dotados do regime mais completo e moderno dos contratos administrativos de subordinação entre os diversos países que reconhecem a figura e aqueles que, não a reconhecendo formalmente, dela fazem uso corrente*”. **Contratos sobre o exercício de poderes públicos: o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral**. Coimbra Editora, 2011, p. 451.

⁵⁸⁰ Em sua obra intitulada **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coleção teses. Coimbra: Almedina, 2003.

Vale observar que a doutrina portuguesa mais atual reafirma a natureza contratual desses ajustes, diferenciando-as do ato administrativo a partir, basicamente, de duas constatações: (i) da noção ampla de contrato acolhida pelo Código Civil português, que não o limita apenas para os casos de criação de relações obrigacionais ou patrimoniais; (ii) de que a vontade do particular, nesses casos, é determinante para a conformação da relação jurídica que emerge do contrato, e não apenas para atender aos requisitos legais formais⁵⁸¹. Assim, haverá contrato sobre o exercício de poderes públicos sempre que o acordo de vontades que substituir o ato administrativo unilateral contar com alguma margem de integração do particular para a formação dos termos substanciais do seu conteúdo, os quais passarão a ser exigíveis e executáveis pelas partes segundo o regime jurídico – legal ou convencionalmente – definido para o contrato. A natureza “administrativa” do contrato, por sua vez, decorre do simples objeto contratual: tratando-se de contratos que são utilizados para o exercício de poderes administrativos de autoridade, não sobram dúvidas que são típicos contratos administrativos⁵⁸².

Ora, não há como negar que as conclusões até hoje alcançadas pela doutrina portuguesa aproveitam, em grande parte, à realidade brasileira. Também aqui, a concepção de contrato foi cunhada a partir do modelo de dualidade francês, que separa os contratos administrativos (estes submetidos a um regime de prerrogativas de ação unilateral e autoexecutória) dos contratos de direito privado da Administração (regidos pelo Direito comum). Também aqui, os modelos de atuação contratualizada da Administração como alternativa ao ato unilateral foram positivados (embora não com a técnica de habilitação genérica). Também aqui, a possibilidade de celebração desses módulos contratuais tem gerado perplexidades e inúmeros questionamentos à luz da dogmática secular do Direito Administrativo. Também aqui, enfim, o Código Civil ou a Lei Geral de Contratações Públicas não atribuíram ao contrato um conceito tão fechado a ponto de afastar, de antemão, qualquer pretensão teórica de classificar os acordos substitutivos de atos unilaterais como contratos, ou, ainda mais, como contratos administrativos.

⁵⁸¹ KIRKBY, Mark Bobela-Mota. **Contratos sobre o exercício de poderes públicos: o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral**. Coimbra Editora, 2011, p. 197-204.

⁵⁸² As conclusões são extraídas da obra de Mark Bobela-Mota KIRKBY. **Contratos sobre o exercício de poderes públicos: o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral**. Coimbra Editora, 2011, p. 197-234.

A diferença é que, no Brasil, diferentemente de Portugal (e de outros sistemas concededores dos chamados contratos sobre o exercício de poderes públicos), não houve ainda um amadurecimento da doutrina a respeito dessas espécies de pactos, o que impediu até o momento o tratamento da matéria de modo específico e sistematizado. Isto explica porque, excetuadas raras exceções⁵⁸³, a doutrina ainda veja com desconfiança a atribuição de natureza contratual aos módulos convencionais substitutivos ou integrativos de atos unilaterais aqui tratados.

A nosso ver, no entanto, além de inexistirem fundamentos jurídicos efetivamente relevantes capazes de impedir, *a priori*, o reconhecimento da natureza contratual desses ajustes no Direito brasileiro, fazendo mais sentido, por isso, integrá-los à categoria ampla de contrato aqui adotada, a sua qualificação como “administrativo” tem o efeito de contribuir para uma necessária releitura da teoria do contrato administrativo prevalecente entre nós, a partir da introdução de novas formas contratualizadas de ação administrativa que efetivamente pressupõem o consenso, o acordo de vontades e o intercâmbio negocial na criação de situações jurídicas envolvendo a Administração (exemplificadas no capítulo precedente)⁵⁸⁴.

E nem se diga que o eventual reconhecimento do caráter contratual dos acordos sobre exercício de poderes públicos representaria afronta aos princípios informadores do Direito Administrativo brasileiro. Não porque, ainda que se considere a vigência desses princípios nos moldes da dogmática tradicional – mesmo diante das transformações aludidas no capítulo II –, o reconhecimento da possibilidade de pactuar não implica em dispor do interesse público, ou subjugá-lo ao interesse particular. Trata-se apenas de melhor escolher os meios para atingi-lo com mais eficiência⁵⁸⁵.

No que diz respeito à necessidade de lei específica para celebrar ditos contratos, embora inexista no Brasil norma geral habilitante dos contratos substitutivos de atos, a doutrina

⁵⁸³ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro**. São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

⁵⁸⁴ Ainda que, na essência, se reconheça uma convergência de toda a atividade contratual da Administração – ver tópico 5.5.

⁵⁸⁵ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 35-53, out/dez. 2003, p. 52.

mais recente vem reconhecendo a possibilidade – à semelhança do que concluiu SÉRVULO CORREIA em Portugal mesmo antes da reforma do Código de Procedimento Administrativo de 1996 –, que o ordenamento jurídico brasileiro admite implicitamente a possibilidade de contratos administrativos como alternativa ao ato imperativo da Administração, desde que as normas de competência não imponham o ato administrativo como a única via juridicamente possível. Mas não se quer aqui adiantar o que será tema de abordagem específica, a respeito da capacidade contratual da Administração Pública no Brasil (tópico 5.1).

Por fim, no que toca ao regime jurídico aplicável, tal indagação constitui o cerne da presente Dissertação, razão pela qual a proposta de resposta será convenientemente apresentada no capítulo derradeiro. Convém adiantar apenas que, tratando-se de modos contratuais substitutivos ou integrativos de decisões unilaterais, ter-se-á como necessário estabelecer vínculos específicos com o Direito público nestas espécies de pactos se comparados a outras modalidades contratuais, com vistas a proteger a posição jurídica do destinatário original do ato e assegurar a plena observância dos princípios gerais da Administração Pública (legalidade, igualdade, imparcialidade etc).

Por tudo isto, somado ao fato de que a pretensão de classificar as diferentes manifestações de acordos substitutivos ou integrativos presentes em nosso ordenamento como espécies de atos jurídicos bilaterais não se apresentar tecnicamente adequada – porquanto os exemplos citados, em sua maioria, conferem efetiva margem de liberdade para a definição consensual pelas partes das condições em que o acordo deverá se desenvolver –, considera-se inafastável o reconhecimento da natureza contratual dessas espécies de pactos. Somente assim, aliás, será possível compreender o verdadeiro sentido de *consensualidade* e de *contratualidade* a que outrora nos referíamos, a agregar maior complexidade ao estudo da teoria dos contratos da Administração Pública no Direito nacional.

4.2. A insuficiência do regime estatutário

Ao se reconhecer a multiplicidade de contratos dos quais a Administração participa e a maior complexidade que o fenômeno contratual da Administração adquire na atualidade, uma questão ligada fundamentalmente ao direito positivo se coloca: qual seria então, o regime jurídico incidente sobre estes novos contratos? Estariam todos subordinados ao regime geral

dos contratos administrativos previsto na Lei nº 8.666/93, predador de prerrogativas de ação unilateral em favor da Administração? Seria esse regime suficiente e compatível com a noção de consensualidade e de contratualidade aqui analisadas, enquanto manifestação da passagem do Estado-autoritário para o Estado-consensual?

Já afirmamos que a doutrina e a jurisprudência nacional, em geral, adotam o Estatuto das Licitações e Contratações Públicas (Lei federal nº 8.666/93) como norma aplicável à generalidade de contratos administrativos, com a consequência incidência do regime jurídico dos contratos administrativos. E mais, adotam-na mesmos nos casos em que a Lei remete o contrato ao regime de Direito privado (Art. 62), por entender que a ressalva constante do inciso I do §3º desse mesmo Art. 62 pretende assegurar o atendimento do interesse público, tornando todo e qualquer contrato da Administração necessariamente sujeito a imposição do *regime jurídico-administrativo*, marcado pelos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, os quais, em matéria de contratos, materializam-se na incidência objetiva de prerrogativas de ação unilateral – as chamadas cláusulas exorbitantes (tópico 1.6).

Não obstante a multiplicidade de tipos contratuais bastante distintos entre si – não apenas do ponto de vista formal, mas também dos objetivos a serem buscados –, prevalece no Brasil aquilo que Floriano de Azevedo MARQUES NETO denominou de “*maldição do regime único*”, que faz submeter todos os contratos do Poder Público a um único regime contratual: o regime dos contratos de obras e serviços de engenharia previsto na Lei nº 8.666/93, marcado pela rigidez de suas cláusulas e pela inflexibilidade no uso da exorbitância pública⁵⁸⁶. Ao assim

⁵⁸⁶ O autor ressalta, por isso, os malefícios da uniformização do regime jurídico dos contratos administrativos, na medida em que a rigidez de suas cláusulas e a impossibilidade de adaptação a cada caso concreto, faria perder a maior vantagem do instituto do contrato, que é “*dispor de normas específicas, vinculantes entre as partes numa dada relação específica*”, ainda mais considerada a impossibilidade da Lei “*capturar todas as variáveis, normatizar de forma abstrata e, ao mesmo tempo, adequada o regime de alocação de riscos para todas as situações possíveis*”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Do contrato administrativo à administração contratual**, in Revista do Advogado, volume 107, São Paulo: AASP, dezembro de 2009, p. 78. No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO ressalta a inadequação do regime único trazido por nossa Constituição, não apenas em matéria de contratos: “*A nossa constituição de 1988 privilegiou a burocratização da Administração Pública ao prever o mesmo regime jurídico para todos os servidores, independentemente se pertencentes à administração direta, autárquica ou fundacional, e também ao exigir concurso público para todas as categorias e sem distinguir as entidades da administração direta da administração indireta no que diz respeito ao regime jurídico de direito público ou privado, tratando no mesmo plano aquelas que prestam serviços públicos daqueles que exercem atividade econômica*”. E conclui: “*este tratamento no ambiente das parcerias é absolutamente inadequado, pois a burocracia é sinônimo de lentidão e de ineficiência*”. **Parcerias na Administração Pública – Concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 7ª edição. São Paulo: Editora Atlas. 2009, p. 27.

fazer, destaca MENEZES DE ALMEIDA, “o regime jurídico vigente acaba por tender a universalizar um critério orgânico de aplicação do regime de Direito Público aos contratos da Administração, ou seja, uma aplicação pelos simples fato da presença da Administração como parte da relação”⁵⁸⁷.

De fato, como procuramos demonstrar no capítulo III da Dissertação, a atividade contratual hodierna da Administração se mostra muito mais diversificada, complexa e dinâmica se comparada à modalidade de contrato que serviu como paradigma da construção da teoria do contrato administrativo na França (a concessão de serviço público), e que mais tarde veio a influenciar a construção da teoria do contrato administrativo no Direito brasileiro (com alguma distorção e alargamento, como vimos). A variedade de objetos e objetivos com que o Estado se depara no mundo contemporâneo é, bem de longe, muito mais ampla do que as espécies de contratação que levaram a jurisprudência do Conselho de Estado Francês a reconhecer a necessidade de incidência de prerrogativas de ação unilateral pelo Estado, com a finalidade de garantir a satisfação do interesse público.

A análise das novas espécies contratuais mais recentes bem serviu para demonstrar a convivência de modelos contratuais bastante diferentes entre si, informados por objetivos próprios, ora com maior liberdade conferida pela Lei para as partes estabelecerem as obrigações e as condições de execução do ajuste, ora com um regime mais rígido previamente definido pela Lei, deixando, neste último caso, pouca margem de livre decisão das partes quanto ao conteúdo do contrato. Mas o fato é que, ante a diversidade de instrumentos e soluções, fica difícil pretender equiparar, em termos de regime jurídico, todas essas espécies de contratos que habitam o ordenamento hodierno, submetendo-as ao mesmo regramento, às mesmas imposições, às mesmas prerrogativas de ação unilateral pensadas para uma específica categoria de contrato.

Somam-se a isso as transformações vividas pelo Estado contemporâneo anunciadas no capítulo II, onde pudemos observar uma verdadeira superação das premissas jus-filosóficas que embasavam o Direito Administrativo na modernidade, especialmente diante da crise do

⁵⁸⁷ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro**. São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 350.

princípio da legalidade (ou melhor, a elevação do princípio da legalidade ao princípio da juridicidade); do reconhecimento da impossibilidade do Poder Público figurar como único tutor dos múltiplos interesses públicos coexistentes na esfera pública; da emergência da democracia participativa; e da emergência da noção jurídica de consensualidade. Toda esta transformação, como vimos, subverte a lógica de atuação imperativa e unilateral da Administração, que progressivamente se afasta do ato unilateral para assumir a posição de contratante. Ao mesmo tempo, nota-se um maior equilíbrio entre contratante e contratado, posto que o Estado – muito mais agora do que no passado –, se vê numa posição de dependência da parceria da iniciativa privada para a realização de seus objetivos. Este é, aliás, o sentido de *contratualidade* que procuramos aqui afirmar (ver tópico 2.3).

Não por outra razão, Odete MEDAUAR aponta relevantes mudanças em matéria de contratos administrativos nos tempos atuais, devido, justamente, à emergência de novos modos contratuais que nem sempre se enquadram na teoria dos contratos administrativos. As principais consequências desta pluralidade de contratos de que a Administração contemporânea participa são sintetizadas pela autora nos seguintes aspectos: “(a) a simplificação do procedimento de contratação pública; (b) a outorga de maior liberdade à Administração para escolha do contratado; (c) uma tendência em garantir maior igualdade entre as partes; e (d) a defesa da ideia de que o particular deve ser o colaborador da Administração na execução do contrato, e não ser inimigo”⁵⁸⁸.

Apesar destas *mutações*⁵⁸⁹, o fato é que ainda continuamos – doutrina, jurisprudência e direito positivo – apegados excessivamente ao regime estatutário e inflexível da Lei nº 8.666/93, que confere à Administração a posição de superioridade em vista de sua qualidade de tutora do interesse público, atribuindo-lhe poderes de ação unilateral de instabilizar a relação negocial impondo novas condições (*ius variandi*), aplicando sanções e podendo rescindi-lo unilateralmente escorada em razões desse mesmo interesse público por ela unilateralmente definido, além de outras prerrogativas de ação unilateral. Porém, tamanha é a diferença de propósitos e modalidades entre esses ajustes que parte da doutrina, vislumbrando a inadequação

⁵⁸⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo em evolução**. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 211.

⁵⁸⁹ Tomamos aqui emprestado o termo utilizado por Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO em seu livro intitulado **Mutações do direito administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

– ou, como quiser, a insuficiência – do regime estatutário definido pela Lei e aplicado para a generalidade de contratos administrativos, chega até mesmo a negar a natureza contratual desses pactos, procurando classifica-los como espécie diferenciada justamente para evitar a incidência do regime estatutário predador de prerrogativas de ação unilateral da Administração, muitas vezes contrárias ao interesse público a depender das circunstâncias do caso concreto. Defendendo este ponto de vista, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO foi buscar inspiração no Direito alemão para classificar os contratos que tem por objeto estabelecer obrigações colaborativas entre os sujeitos como *atos complexos* ou *atos-união*, e não como *contratos* propriamente ditos:

“Essa é a razão por que nem todos os pactos da Administração Pública devem-se submeter ao Estatuto de Licitações e Contratos – pois nem sempre neles são estabelecidas as ‘obrigações recíprocas’, mas ‘obrigações colaborativas’, que são as que se travam nas sociedades, nas convenções de todo tipo, nos tratados e, no Direito Administrativo, nos atos complexos ou atos-união da vertente tedesca. Surge entre nós, por isso, uma pletera de novos pactos administrativos que se situam fora da Lei nº 8.666, de 21.6.1993, valendo citar, como exemplos dessa tendência, a Lei nº 8.987, de 13.2.1995, que trata das concessões e permissões de serviços públicos; a Lei nº 9.637, de 15.5.1998, que disciplina o contrato de gestão com organizações sociais (...)”⁵⁹⁰.

Embora não se negue razão ao autor ao apontar a insuficiência do regime estatutário para o plexo de instrumentos atuais, discorda-se apenas quanto à solução adotada, pois, na linha do escólio de Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA, há um evidente ponto de convergência entre todas estas espécies de pactos, acordos, convenções: a *essência contratual*. O que muda, como veremos, é o regime jurídico incidente sobre elas, que obviamente não pode ficar preso ao padrão rígido definido pela Lei nº 8.666/93, concebido para ser aplicado a uma

⁵⁹⁰ O autor prossegue com a citação de outros exemplos, dentre os quais: “a Lei nº 9.649, de 27.5.1998, que trata do contrato de gestão com agências executivas; a Lei nº 9.790, de 23.1.1999, que dispõe sobre o termo de parceria com organizações da sociedade civil de interesse público; a Lei nº 10.973, de 2.12.04, que trata do termo de cooperação para a inovação tecnológica, e a Lei nº 11.107, de 6.4.05, que disciplina os consórcios públicos, prevendo diversos instrumentos, como, por exemplo, o protocolo de intenções, o contrato de programa, o contrato de rateio, estando ainda em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.776/05, que vem propor as tão necessárias quanto urgentes bases para a concessão de florestas. Tudo isso sem falar na Lei nº 11.079, de 30.12.04, que institui as parcerias público-privadas, concebidas para lidar com a necessidade de investimentos em setores fundamentais para o desenvolvimento, que, em geral, deparam-se com o desinteresse do setor privado em investir em atividades que não sejam auto-sustentáveis e para as quais não se vislumbra suficiência dos capitais públicos”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Políticas Públicas e Parcerias: Juridicidade, Flexibilidade Negocial e Tipicidade na Administração Consensual**. BLC – Boletim de Licitações e Contratos, Ano XXI, nº 1 – Janeiro/2008, p. 39.

categoria específica de contrato: os contratos de obras e serviços de engenharia. Este é o motivo, aliás, de MENEZES DE ALMEIDA ter empreendido um grande esforço na tentativa – a nosso ver exitosa – de buscar uma nova classificação para os “módulos contratuais” dos quais a Administração participa na atualidade, justamente com o intuito de retratar a insuficiência do regime estatutário em vista de toda a multiplicidade de tipos contratuais possíveis. Por isso o autor dividiu-os em quatro grandes blocos, cada qual merecedor de um tratamento específico pelo Direito positivo: *módulos de cooperação; módulos de concessão; módulos convencionais instrumentais; e módulos convencionais substitutivos de atos unilaterais*⁵⁹¹.

O tema dos contratos administrativos, portanto, ganha novos contornos, novas complexidades, novos desafios, forçando à conclusão de que o regime estatutário (rígido, unitário e autoritário) com que convivemos, mostra-se agora insuficiente para disciplinar todas as variadas espécies de contratos dos quais a Administração participa⁵⁹². A toda evidência, não há como sustentar que todas as novas modalidades de contratação devam ficar sujeitas ao padrão de contrato administrativo clássico positivado entre nós pela Lei nº 8.666/93, concebido a partir de apenas uma das espécies do gênero contratual⁵⁹³. Trata-se de uma constatação acima de tudo empírica, pois as circunstâncias do caso concreto, muitas vezes, tornam o uso desse regime até mesmo contrário ao interesse público subjacente à contratação⁵⁹⁴, mormente quando

⁵⁹¹ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro**. São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p.325 e ss.

⁵⁹² Como bem conclui Vitor Rhein SCHIRATO: “*Portanto, não há que se falar em aplicação uniforme de um regime jurídico a todos os contratos celebrados pela Administração Pública, procurando-se classificações sem critérios e etéreas para justificar exceções. É óbvio e evidente que os contratos celebrados pela Administração Pública terão regimes jurídicos distintos, devendo seguir o regime jurídico mais eficiente para cada caso. Isso, claro, demandará uma interpretação racional da Lei nº 8.666/93 para adequá-la à lógica do direito contratual e não à lógica binária de muitos doutrinadores de direito administrativo brasileiro*”. SCHIRATO, Vitor Rhein. **Contratos administrativos e contratos da Administração Pública: pertinência da diferenciação?** Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 177-186, set. 2012/fev. 2013.

⁵⁹³ Floriano de Azevedo MARQUES NETO e Carlos Eduardo Bergamini CUNHA bem destacam que, embora a Lei de Licitações consista numa norma geral sobre contratos administrativos no Direito nacional: “*Trata-se, entretanto, de norma geral sobre os contratos administrativos de empreitada, ou melhor, dos contratos de satisfação, definidos como arranjos negociais em que busca a Administração uma utilidade suficiente em si e por ela previamente definida. Em outras palavras, regem-se prioritariamente pela Lei nº 8.666/93 os contratos administrativos de satisfação, seja a empreitada para a execução de obras, para a prestação de serviços à Administração Pública ou ainda para o fornecimento de bens*”. **Locação de ativos**. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, mar./ago. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid>>. Acesso em: 27 set. 2013.

⁵⁹⁴ As inúmeras propostas de alteração desse estatuto e a edição de normas que procuram afastar a sua incidência, tanto em matéria de licitações quanto em matéria de contratos (pregão, inversão de fases, procedimentos específicos regidos por normas esparsas, Regime Diferenciado de Contratação – RDC, Lei de PPPs etc), são

Administração e administrado procuram, pela via contratual, somar esforços para o atingimento de um objetivo comum.

Há, portanto – e é isto que deve ser reconhecido –, uma nítida insuficiência do regime estatutário brasileiro e, por consequência, da teoria clássica do contrato administrativo que o inspirou, de explicar e justificar o fenômeno contratual da Administração contemporânea, diante do surgimento de novos tipos de ajuste que “*não se enquadram no padrão clássico de contrato administrativo*”⁵⁹⁵. Ora, se é verdade que “*a conduta da Administração Pública influencia o direito que a sustenta: se aquela é policêntrica ou fragmentada, o direito terá características menos uniformes ou unitárias*”⁵⁹⁶, parece-nos no mínimo inadequado – para não dizer inconcebível – pretender submeter a multiplicidade de tipos contratuais hoje existentes, cada qual com seus objetivos e características próprios, a um único regime jurídico, rígido, estatutário, instituidor de um bloco de prerrogativas de ação unilateral capaz de relativizar – a ponto de quase suprimir – o elemento consensual próprio da teoria geral dos contratos da formação e execução dos ajustes firmados pela Administração.

4.3. Tendência à relativização do regime de exorbitância

Diante da insuficiência anunciada e do reconhecimento das transformações do Direito Administrativo a partir da emergência da *consensualidade*, novas pautas de discussão são introduzidas na matéria dos contratos administrativos. Entre elas, a que certamente mais tem atraído a atenção dos juristas nacionais refere-se ao grau de incidência das chamadas cláusulas exorbitantes nos diversificados e inovadores módulos contratuais da Administração, ou mesmo nos contratos administrativos típicos. A importância do tema se revela a partir do momento em que há o “desencantamento” do instituto contrato administrativo, vale dizer, de uma perda do encanto inicial de que o contrato administrativo, pelo mero fato da presença da Administração como sujeito de direitos e obrigações, tornar-se-ia necessariamente especial e exorbitante em relação ao contrato de Direito privado.

exemplos bastantes para demonstrar o quão insuficiente se apresenta esse regime ante a complexidade da atividade contratual da Administração nos tempos recentes.

⁵⁹⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**, 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 236.

⁵⁹⁶ CASSESE, Sabino. **Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX ao XXI secolo**. Rivista Trimestale di Diritto Pubblico, n. 1, p. 35., 2002. Texto traduzido publicado na Revista Interesse Público – IP, Fórum: Belo Horizonte, ano 6, n. 24, mar./abr. 2004.

Falar em regime jurídico administrativo sempre significou atribuir ao Poder Público um conjunto de prerrogativas que tipificam o próprio Direito Administrativo assim concebido, colocando a Administração numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa. Diz Jean RIVERO quando afirma que as peculiaridades do Direito Administrativo parecem decorrer de duas ideias opostas: “*As normas do direito administrativo caracterizam-se, em face das do direito privado, seja porque conferem à Administração prerrogativas sem equivalente nas relações privadas, seja porque impõem à sua liberdade de ação sujeições mais estritas do que aquelas a que estão submetidos os particulares*”⁵⁹⁷.

Em matéria de contratos administrativos, as prerrogativas de ação unilateral são, em geral, consideradas implícitas no instrumento contratual mesmo no silêncio do contrato, seja por expressa previsão no ordenamento (Art. 58 da Lei nº 8.666/93), seja por imperativo do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado⁵⁹⁸, capazes de conferir à Administração poderes de direção, inspeção, controle (que incluem o poder de autoexecutoriedade do contrato pela Administração), sanção unilateral, modificação (*ius variandi*) ou rescisão unilateral do contrato por razões de interesse público. As competências, ou melhor, as prerrogativas do Estado no âmbito do contrato administrativo representam, portanto, o exercício de **atos unilaterais** dotados de suas características próprias de presunção de legitimidade e força executória⁵⁹⁹, capazes de instabilizar o vínculo contratual independentemente do consenso da outra parte.

Porém, já vimos que a postura de supremacia, imposição e unilateralidade – própria das prerrogativas públicas dos contratos administrativos – vem cedendo lugar à consensualidade e à negociação, na medida em que a atuação assim conformada vem se

⁵⁹⁷ RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981, p. 42.

⁵⁹⁸ Na lição de ESCOLA: “*Pero conviene aclarar enseguida que la existencia de tales cláusulas en los contratos administrativos se acepta como factible, u no como necesaria, con lo que se admite la posible existencia de contratos administrativos en los cuales no haya cláusulas exorbitantes del derecho privado – al menos en forma expresa – o en que el outro cocontratante no este en relación explícita de subordinación. Lo cual no debe entenderse como que la administración pública se haya privado de manera absoluta, en esos casos, de sus poderes y potestades, a los que no puede ni debe renunciar mediando una circunstancia de interés público. Aun en ausencia de tales cláusulas expresas, la posición de la administración será siempre de supraordinación*”. ESCOLA, Héctor Jorge. **Compêndio de Derecho Administrativo**. Volumen II. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990, p. 615.

⁵⁹⁹ Sobre a natureza de atos unilaterais das prerrogativas públicas dos contratos administrativos, ver: CUADROS, Oscar A. **El Estado y la legalidad convencional**. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 27 set. 2013.

mostrando com qualidades muito mais eficientes para a satisfação dos interesses públicos (tópico 2.2). A consensualidade passa a ser uma forma privilegiada de administrar interesses públicos nas relações entre administração e administrados, tendo como marcas a flexibilidade, a negociação, a ponderação entre interesses públicos e, sobretudo, a motivação, elementos que, somados, “*dão a tônica pragmática e democrática do pós-modernismo*”⁶⁰⁰. Como destaca MOREIRA NETO, a posição de supremacia da Administração vem perdendo espaço no contexto pós-moderno do Direito Administrativo, transformando-o num Direito com características bastante diferenciadas em relação ao seu conceito anterior, tais como a de ser “*mais um direito dos administrados do que do Estado; a de servir a cidadãos e não a súditos; a de mostrar-se muito mais direito de proteção e de prestação do que um direito de imposição; (...) e a de tornar-se, cada vez mais, um direito da consensualidade em vez de um direito da imperatividade*”⁶⁰¹.

Ciente destas transformações, Floriano de Azevedo MARQUES NETO consigna que a relação assimétrica entre o Poder Público e a iniciativa privada perde força diante de *contratos de parceria* e de outras modalidades em que se apresenta totalmente *dispensável o exercício da autoridade estatal*, e aponta, a partir daí, algumas tendências da *contratualidade administrativa* nos tempos recentes, tais como: (i) *maior deslocamento da norma da lei para o contrato*; (ii) *maior margem de consensualidade*; (iii) *introdução mais frequente de contratos atípicos*; (iv) *mais recorrente utilização de contratos por desempenho*; (v) *maior flexibilidade na alocação de riscos*; (vi) *flexibilização do regime de equilíbrio econômico e financeiro, com a limitação de situações de aplicação da teoria da imprevisão*; e, por fim (vii) *multiplicação das hipóteses de contratos de cooperação*⁶⁰².

É justamente neste aspecto que a passagem da Administração-autoridade para a Administração-consenso impacta em termos de formulação teórica dos contratos administrativos. Se uma das manifestações mais latentes da consensualidade é a chamada *contratualidade administrativa*, que em última instância encerra a preferência pela atuação por

⁶⁰⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 571-592.

⁶⁰¹ Id. Ibid., p. 571-592.

⁶⁰² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Do contrato administrativo à administração contratual**, in Revista do Advogado, volume 107, São Paulo: AASP, dezembro de 2009, p. 79-80.

via contratual em detrimento da atuação imperativa via expedição de atos unilaterais, essa nova orientação implica em afirmar um consequente abrandamento da utilização de atos unilaterais internos aos contratos administrativos, representados em nosso Direito pelas ditas “cláusulas exorbitantes”. O poder de instabilização do vínculo contratual – expresso por meio de atos administrativos unilaterais e autoexecutórios – passa cada vez mais a exigir a participação do administrado na busca pela solução que verdadeiramente melhor atenda ao interesse público prevalecente em uma dada situação concreta (técnica da ponderação), deixando de ficar [tal solução] adstrita exclusivamente à decisão imperativa e unilateral do administrador.

A afirmação está longe de prevalecer apenas no campo da teoria, e encontra procedência no próprio Direito positivo. De fato, no capítulo III procuramos demonstrar, com foco no Direito brasileiro, a nítida tendência em garantir maior igualdade entre as partes a partir da ideia de que o particular deve ser colaborador da Administração na execução do contrato, e não seu inimigo⁶⁰³. Inúmeras leis são hoje editadas para reger contratos administrativos específicos justamente com o objetivo de afastar a incidência do regime rígido de prerrogativas estatais assegurado pela Lei nº 8.666/93 (Art. 58), por considerá-lo incompatível com os objetivos almejados pela Administração em determinadas situações concretas, ainda que na

⁶⁰³ A Lei de Parcerias Público-Privadas, por exemplo, expressa bem esta tendência. O próprio estatuto geral das contratações públicas vigente foi, em alguma medida, influenciado por estas ideias, ao prever a possibilidade de suspensão do contrato pelo particular quando há atraso superior a noventa dias nos pagamentos devidos pela Administração, entre outras hipóteses de invocação da exceção do contrato não cumprido pelo contratado: “Art. 78. *Constituem motivo para rescisão do contrato: (...) XIII - a supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no § 1º do art. 65 desta Lei; XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação; XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação; XVI - a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto*”. Para além das hipóteses legais, Gustavo Justino de OLIVEIRA salienta que: “a inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido em sede de contratos administrativos vem sofrendo abrandamentos em seu significado e extensão, levando autores como Romeu Felipe Bacellar Filho a afirmar que ‘mesmo a continuidade do serviço público não poderia justificar a ruína do particular, valendo a aplicação da *exceptio non adimpleti contractus* sempre que se caracterize, no caso concreto, situação de (razoável) impedimento da execução contratual pelo particular, detectado com base num juízo de razoabilidade radicado na valor justiça’”. *A arbitragem e as Parcerias Público-Privadas*. Revista Trimestral de Direito Público nº 48/2004, São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 231.

maioria dos casos a Lei Geral de Contratações continue expressamente referida como de aplicação subsidiária.

A verdade é que as prerrogativas de ação unilateral conferidas à Administração-contratante passam a ser questionadas não só em razão dos novos preceitos do Estado Democrático de Direito – que se distanciam de uma Administração que se sobrepõe aos particulares –, como também pelos malefícios que o regime exorbitante acarreta para a própria contratação ou para os interesses (até mesmo econômicos ou patrimoniais) do próprio Estado enquanto parte no contrato. O impacto negativo sob o ponto de vista econômico e concorrencial das prerrogativas asseguradas ao Estado quando contrata são assim ressaltadas por Marçal JUSTEN FILHO:

“Adotar configuração autoritária para o contrato administrativo conduz a reduzir o universo dos particulares dispostos a contratar com o Estado. Acarreta a elevação dos custos estimados pelos particulares. Em suma, todas as prerrogativas excepcionais asseguradas ao Estado refletem-se numa elevação de custo econômico. Quanto maiores as restrições aos direitos dos particulares, tanto maior o preço que a Administração desembolsará para haver as utilidades de que necessita”⁶⁰⁴.

A propósito do tema, Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA aponta quatro mazelas, quatro críticas à aplicação inadvertida das cláusulas exorbitantes a todo e qualquer contrato celebrado pela Administração: (a) *embora possam ser necessárias, essas cláusulas tornam os ajustes mais onerosos*; (b) *são a porta aberta para desvios de improbidade*; (c) *elas também permitem muitas vezes uma margem para o abuso de poder à atuação até certo ponto autoritária da administração, com o uso abusivo destas cláusulas exorbitantes*; e (d) *as cláusulas exorbitantes cumprem um papel de desestimular que a administração celebre bons contratos, afinal de contas se não estiver satisfeita, ela pode alterar as condições pactuadas ou rescindi-lo*⁶⁰⁵.

Para Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, em um ambiente de empresas globalizadas e de incremento do papel dos agentes econômicos nos rumos do mercado, as

⁶⁰⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15ª Edição. São Paulo: Dialética, 2012, p. 811-812.

⁶⁰⁵ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro**. São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 325 e ss.

cláusulas exorbitantes trazem inegáveis dificuldades, tais como: (i) *a imprecisão e insegurança de direitos resultantes do manejo públicos das prerrogativas da Administração nas transações, pela ambivalência de sua origem e justificativa, ou seja, o fato de decorrerem ou da natureza dos contratos (relativas) ou da natureza da própria Administração Pública (absoluta)*; (ii) *o agravamento dos custos de transação pelo aumento do risco*; (iii) *o déficit de transparência da transação, pois as prerrogativas são genericamente estabelecidas nas leis, sem evidente relação com as situações fáticas específicas e as peculiaridades de cada contrato*, e (iv) *o sacrifício da confiança legítima do administrado na transação, pois as prerrogativas tanto podem servir a propósitos legítimos como disfarçar intenções ilegítimas, como a difundida e gravosa corrupção pelo temor*⁶⁰⁶.

Em suma, dentro de um novo contexto do Direito Administrativo, caracterizado pela proeminência dos direitos fundamentais, pela obrigatoriedade da motivação e pela inafastabilidade de controle pelos órgãos legitimados, a concepção tradicional das cláusulas exorbitantes passa hoje a ser questionada, ao menos em termos de teoria geral que se pretenda aplicar a todos os contratos da Administração. A verdade é que a doutrina mais recente⁶⁰⁷ não tem poupado esforços para demonstrar que o regime de prerrogativas estatais nos contratos administrativos, embora em algumas situações possa servir para melhor assegurar o interesse público diante de circunstâncias supervenientes que levem à necessidade de alteração do ajuste ou mesmo à sua interrupção, não pode ser visto como um dogma imutável e inflexível, a ser aplicado a todo e qualquer contrato da Administração. Tal constatação não é proveniente apenas da apontada transformação das bases teóricas do Direito Administrativo, mas encontra amparo na própria realidade prática, diante dos novos tipos contratuais que surgem e dos efeitos muitas vezes danosos e prejudiciais ao interesse público que a incidência implícita da exorbitância acarreta.

⁶⁰⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 571-592.

⁶⁰⁷ Não se desconhece que, ainda no início da década de 80 do século passado, Manoel de Oliveira FRANCO SOBRINHO posicionou-se criticamente aos poderes exorbitantes dos contratos administrativos, embora ainda não estivesse vivenciando o fenômeno da contratualidade administrativa ressaltado aqui. Para o autor: “*o que deve, ou pode, a Administração, em nome do interesse público, é exigir a mais do exigível nas relações privadas. Nunca, porém, em circunstância alguma, o poder administrativo é arbitrário. (...) as exigências, fundadas no interesse público, possuem motivações factuais, podem impor ou não cláusulas estranhas ao direito comum, como podem não impor conforme seja a natureza do ajuste nas esperadas consequências de serviço*”. FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Contratos administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 152-153.

Note-se que a tendência à relativização da exorbitância não implica necessariamente em afastar a possibilidade de a Administração incluir no contrato uma cláusula que assegure poderes de alteração ou de rescisão do contrato por motivos de interesse público, mediante a manifestação de sua vontade unilateral, independentemente do consentimento da outra parte. Não é disto que se trata quando se refere aos impactos da Administração-consensual para a teoria geral dos contratos administrativos. O que se ressalta apenas é o fato de que, contrariamente à concepção dominante ainda hoje no Brasil – e recepcionada pela atual Lei de regência das contratações públicas –, há uma forte tendência a se considerar que as prerrogativas de ação unilateral dos contratos administrativos não devam ser tratadas de modo universalizante, como aplicáveis a todo e qualquer contrato administrativo independentemente do objeto; dos fins visados pela Administração com aquele contrato; ou da previsão expressa das cláusulas exorbitantes no corpo do contrato. Ou seja, ao contrário da técnica generalizante adotada pela Lei nº 8.666/93, a tendência atual é a de substituir a ideia de “presunção geral de exorbitância” pela noção de “exorbitância especificamente justificada” ou “exorbitância consentida”, como técnicas mais aderentes ao novo modo de atuar da Administração e às finalidades perseguidas pelo Estado em cada contratação.

Mas a este tema voltaremos por ocasião do estudo das novas configurações da teoria geral dos contratos administrativos no Direito Administrativo brasileiro (capítulo V). Por ora, releva destacar apenas que, no caminho de substituição do ato pelo contrato inerente ao movimento de *contratualização* da ação pública a que assistimos, ao lado da proliferação de espécies contratuais novas e mais equilibradas, afigura-se inegável a tendência à relativização ou atenuação das prerrogativas implícitas de ação unilateral, mesmo nos contratos administrativos mais típicos. O resultado direto dessa tendência é, como veremos, a consequente redução da utilidade do critério das cláusulas exorbitantes para atribuir a qualificação de “administrativo” a um determinado contrato da Administração, pois se as prerrogativas de ação unilateral passam a não ser mais considerados implicitamente presentes em qualquer contrato administrativo, a própria noção tradicional de contrato administrativo perde identidade diante dessa nova orientação.

4.4. O esvaecimento da dualidade contrato administrativo X contrato privado da Administração

Primeiramente, relembre-se que o dualismo entre contratos administrativos e contratos privados da Administração surgiu, historicamente, devido à determinação da competência de jurisdição (entre jurisdição administrativa e a jurisdição comum). Tal dualismo prende-se com a distinção entre a atividade de gestão pública e a atividade de gestão privada da Administração⁶⁰⁸, sendo esta definida como aquela em que a Administração, despida do poder público, se encontra e atua numa posição de paridade com os particulares e, portanto, nas mesmas condições e no mesmo regime em que ficaria submetido naturalmente o particular (ou seja, com submissão às normas de Direito privado). A distinção foi fundamental para firmar o dualismo contratos administrativos X contratos privados da Administração na jurisprudência francesa⁶⁰⁹, seguindo-se daí a necessidade de se encontrar um critério capaz de diferenciar as duas figuras para fins de determinação da jurisdição competente⁶¹⁰.

⁶⁰⁸ A este respeito, Almiro do COUTO E SILVA lembra que, na França, “*essa distinção domina incontrastavelmente quase todo o século XIX, com irrestrita aceitação na doutrina e na jurisprudência, servindo como critério básico para separar a competência dos órgãos da jurisdição ordinária e os da jurisdição administrativa*”. **Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas**, Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 27, nº 57 (supl.), p. 181-208, 2004. Também assim o reconhece Maria Sylvia Zanella DI PIETRO: “*Vem do direito francês e foi também desenvolvida pelos autores italianos a distinção entre atos de império e atos de gestão; (...) os segundos seriam praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão dos seus serviços; como não difere a posição da Administração e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum*”. **Do Direito Privado na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 1989, p. 90.

⁶⁰⁹ A obra de ESCOLA retrata bem o pensamento clássico que separa os contratos administrativos dos contratos privados da Administração: “*Superada la tesis de la doble personalidad del Estado, para aceptar que lo existe son dos capacidades distintas, de derecho público y de derecho privado, o bien una sola capacidad que se extiende a ese doble ámbito, surge con claridad que cuando la administración desarrolla una actividad típicamente administrativa, o sea, que procura alcanzar sus finalidades en forma directa e inmediata, desplegando con plenitud las potestades que tiene y que son inherentes a ese acionar, esta actividad debe estar necesariamente regida, en toda su amplitud, por el derecho público, mientras que cuando la actividad administrativa tende sólo de manera indirecta y mediata al logro de las finalidades de interés público, esa actividad estará o podrá estar, por lo menos en lo que se refiere a su objeto, regida por el derecho privado, sin perjuicio de que una parte de ella (competencia del órgano administrativo, voluntad y forma del acto) deba seguir siendo regida por el derecho público, conforme corresponda. (...) En cuanto al régimen jurídico, si los contratos administrativos se rigen, íntegramente, por las normas y principios del derecho público, y más especialmente del derecho administrativo, a los contratos de derecho común celebrados por la administración le son aplicables, en cambio, con las salvedades y expresadas en cuanto a la competencia, la voluntad del órgano administrativo y la forma, las normas y principios del derecho privado, con mayor o menor extensión, según sean las condiciones del contrato y su vinculación más próxima o alejada con el interés público*”. ESCOLA, Héctor Jorge. **Compêndio de Derecho Administrativo**. Volumen II. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990, p. 639-641.

⁶¹⁰ Para Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, “*(...) abandonou-se a distinção – atos de império e atos de gestão – até mesmo como critério definidor da competência da jurisdição administrativa, e passou-se a substituí-lo por outro: o do serviço público. No entanto, não se abandonou a utilização de institutos do direito privado, distinguindo-se a*

No Brasil não foi diferente. Embora por aqui inexistisse dualidade de jurisdição (o que levou quem afirmasse até mesmo a inutilidade desta distinção entre nós⁶¹¹), a maioria da doutrina seguiu o modelo francês de contratos da Administração para afirmar a existência de contratos administrativos e de contratos privados da Administração, adotando-se como critério de diferenciação, essencialmente, os diferentes regimes jurídicos incidentes sobre cada um (ver tópico 1.6). Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO traça a seguinte constatação:

“(...) adotada pela maioria dos administrativistas brasileiros, situam-se os autores que, seguindo a doutrina estrangeira, em especial a francesa, admitem a existência de contrato administrativo, com características próprias que o distinguem do contrato de direito privado. Embora sejam vários os critérios distintivos apontados, **o que prevalece é o que aponta como principal elemento diferenciador a presença, no contrato administrativo, das cláusulas exorbitantes**, assim chamadas porque estão fora da órbita (ex orbita) do direito comum e cuja finalidade é a de assegurar a posição de supremacia da Administração em relação ao particular”⁶¹².

Em tese, num contrato de Direito privado a Administração pactua sobre objetos e em condições tais que qualquer particular poderia fazê-lo nos mesmos termos, ainda que sob a influência de derrogações parciais pelo Direito público. Diferentemente do contrato de Direito público, em que a Administração possui, explícita ou implicitamente, prerrogativas que lhe garantem a supremacia em relação aos interesses privados da outra parte, os contratos de Direito privado que a Administração celebra não trariam consigo, *a priori*, a incidência de cláusulas exorbitantes do Direito comum, exceto se a própria lei expressamente assim o

gestão pública e a gestão privada de serviços públicos, distinção que ganhou corpo à medida que foi se desenvolvendo e ampliando o conceito de serviço público industrial e comercial do Estado, em oposição ao serviço público administrativo. À distinção do direito francês, entre atos de império e de gestão, correspondia, no regime de polícia, a distinção feita pelo direito alemão entre Estado e Fisco, o primeiro com personalidade pública e, o segundo, com personalidade privada. O objetivo era submeter ao direito privado e, em consequência, ao controle judicial, os atos praticados pelo Fisco, enquanto os atos do Estado regiam-se pelo direito público, que escapava à apreciação dos tribunais”. **Do Direito Privado na Administração Pública.** São Paulo: Atlas, 1989, 90. Convém lembrar que a doutrina majoritária francesa defende que os contratos administrativos diferenciam-se dos contratos civis da Administração sobretudo em função da presença de cláusulas exorbitantes.

⁶¹¹ Após assinalar que existem contratos da Administração Pública, ora sob maior influxo de regras de Direito público, ora sob maior influxo de regras de Direito privado, Lúcia Valle FIGUEIREDO destaca que, no Direito brasileiro, não há grande importância na separação entre contratos administrativos e contratos privados da Administração, uma vez que todos vão se submeter à única jurisdição estabelecida no ordenamento jurídico pelo Art. 5º, XXXV da Constituição Federal, que consagra o princípio da unicidade de jurisdição. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo.** 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 524.

⁶¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Do Direito Privado na Administração Pública.** São Paulo: Atlas, 1989, p. 133.

estabelecer ou se a inclusão da prerrogativa nesses moldes resultar do livre consentimento das partes⁶¹³.

É nessa medida que a contratualização administrativa, com seus módulos contratuais mais equilibrados e horizontalizados em relação à posição assumida pelas partes, e com a relativização da exorbitância nos moldes acima anunciados, colocam o Poder Público cada vez mais próximo do regime típico do Direito privado, ou seja, de um regime que pressupõe a igualdade ao invés da supremacia. Assim é porque, se o regime de prerrogativas de ação unilateral é o critério predominantemente utilizado no Brasil para atribuir a natureza “administrativa” de um determinado contrato do Poder Público, o reconhecimento da atenuação ou relativização da exorbitância – ou, dito de outro modo, a aceitação de que as cláusulas exorbitantes não devam ser consideradas implicitamente integrantes de todo e qualquer contrato administrativo (seguindo a tendência apontada no tópico precedente) – resulta na “perda de identidade” da própria figura do contrato administrativo enquanto instrumento regido por cláusulas consideradas “exorbitantes” do Direito comum. Assim, uma vez adotada como verdadeira a premissa de que o critério diferenciador entre estas duas espécies é a presença do regime jurídico exorbitante, a relativização da incidência de prerrogativas de ação unilateral nos contratos administrativos resulta em inegável aproximação entre as duas categorias de contratos da Administração.

Não se desconhece, contudo, que a questão comporta desdobramentos mais complexos, especialmente no caso brasileiro. Isto porque tal aproximação entre o regime de Direito público e o regime de Direito privado sempre foi vista, entre nós, com alguma desconfiança. O tema remete à intrincada problemática em torno da dicotomia Direito público X Direito privado que, na experiência brasileira, sempre pendeu muito mais a favor da publicização de toda a atividade administrativa, inclusive em matéria de contratos do Poder

⁶¹³ Esta é a lição da melhor doutrina: “(...) enquanto, nas relações de direito público, os privilégios e prerrogativas se presumem, independentemente de previsão legal, porque são inerentes à autoridade de que se reveste a Administração Pública, no exercício de funções consideradas essenciais; nas relações de direito privado o que se presume, no silêncio da lei, é a igualdade de posição; os desvios ao direito comum são apenas os expressamente previstos na lei”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Do Direito Privado na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 1989, p. 92. Já vimos, contudo, que o Direito positivo brasileiro (Lei nº 8.666/93) e parte da doutrina tende a estender demasiadamente o regime de direito público também a estas espécies de contratos, pretendendo atribuir-lhe os poderes e prerrogativas de ação unilateral próprio dos contratos administrativos, publicizando-os.

Público. Sem a pretensão de aprofundar desnecessariamente o estudo neste aspecto, cumpre apenas tecer breves notas de como a doutrina administrativista brasileira reagiu diante do uso do Direito privado pela Administração e como esta reação produziu, entre nós, a tendência “publicizadora” e “autoritária” dos contratos administrativos. O melhor conhecimento dos fundamentos desse viés “publicizador” será de grande utilidade para a constatação da tendência atual de convergência, em termos de teoria geral que se pretenda aplicar, de toda a atividade contratual da Administração.

O tema da inter-relação entre o Direito público e o Direito privado na atividade da Administração não é novo, e acompanha o Direito Administrativo desde as suas origens⁶¹⁴. Nas últimas décadas, porém, ele vem ganhando novos contornos, atraindo maior atenção dos administrativistas como um dos vetores das transformações por que passa o Direito Administrativo contemporâneo⁶¹⁵.

O início da discussão tem origem, sobretudo, após a primeira grande guerra – no caso brasileiro após a segunda⁶¹⁶ –, quando se verificou uma acentuada utilização do Direito privado pela Administração, não apenas em matéria contratual. O processo nomeado de “fuga para o

⁶¹⁴ Basta lembrar as origens do Direito Administrativo e da resistência inicial à utilização pela Administração de figuras típicas do Direito Privado, conforme procuramos demonstrar no tópico 1.2 desta Dissertação. Para uma leitura sobre as razões da tensão entre o público e o privado no contexto do Estado-liberal, confira-se o relato de Cristiano Paixão ARAUJO PINTO: “*É nesse panorama que se pode perceber uma nítida assimetria na relação público-privado. O domínio do privado, nesse cenário em que prevalece o liberalismo (político e econômico), é superdimensionado. A invenção moderna do indivíduo – agora libertado das “ordens” ou “estados” que caracterizavam o Antigo regime – permite que a forma jurídica dominante seja a do contrato, que mantém a afirmação (mesmo que fictícia, no plano material) de igualdade entre as partes acordantes. Como uma decorrência natural da luta contra o Absolutismo – e também para uma justificação operativa acerca da posição de certas camadas superiores da sociedade – o público, inteiramente associado ao Estado (observe-se que o século XIX é o período de afirmação da maioria dos Estados-Nação na Europa) é visto com desconfiança, ou mesmo reserva [...]. É nessa quadra histórica que se inicia o interesse – ainda presente – de delimitar a divisão entre Direito Público e Direito Privado*”. **Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito.** In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor, Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 36-37.

⁶¹⁵ Segundo Gustavo Justino de OLIVEIRA: “*É inegável que se assiste, hodiernamente, a uma aproximação entre o regime de direito público e o regime de direito privado, que, aliás, se constitui em uma das prospecções para a Administração Pública contemporânea, apontada por Massimo Severo Giannini em 1980. (...) Nesse sentido, defende-se atualmente ser possível à Administração optar por formas de organização e de atuação oriundas do regime privado sempre que o ordenamento não veicular uma vedação (explícita ou implícita) que afaste tal opção*”. **A arbitragem e as Parcerias Público-Privadas.** Revista Trimestral de Direito Público nº 48/2004, São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 214-215.

⁶¹⁶ COUTO E SILVA, Almiro do. **Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas**, Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 27, nº 57 (supl.), 2004, p. 181-208.

Direito privado”⁶¹⁷ teve ao menos duas dimensões: por um lado, a utilização pela Administração de formas organizativas de Direito privado (empresas públicas, sociedades de economia mista etc); por outro lado, a utilização pelas entidades públicas dos instrumentos de ação próprios do Direito privado, em vez dos modos de agir específicos do Direito público (o contrato em detrimento do ato). No primeiro caso, temos um fenômeno de privatização organizatória; no segundo, uma privatização do direito aplicado pela Administração. A situação é bem retratada nesta passagem de Jürgen HABERMAS:

“Com a ‘fuga’ do Estado para fora do Direito Público, com a transferência de tarefas da administração pública para empresas, estabelecimentos, corporações, encarregados de negócios semi-oficiais, mostra-se também o lado inverso da publicização do Direito Privado, ou seja: a privatização do Direito Público. Os critérios clássicos do Direito Público tornam-se caducos uma vez que a administração pública se utiliza de meios do Direito Privado mesmo em suas funções de distribuir, prover e fomentar”⁶¹⁸.

Na França, LAUBARDÉRE já apontava que os pressupostos da separação entre as dimensões do público e do privado e dos serviços públicos titularizados pelo Estado “*tem se transformado profundamente*”. Segundo o autor: “*a transformação não somente afetou o volume das intervenções do Estado, senão também sua natureza: a intervenção do Estado cada vez mais assumiu mais um caráter econômico e influiu mais na vida econômica. A consequência tem sido propiciar um movimento de aproximação dos setores público e privado, que caracteriza a orientação atual da vida administrativa francesa*”⁶¹⁹.

No Brasil, a doutrina igualmente reconhece, há tempos, o recorrente recurso às técnicas e instrumentos do Direito privado pela Administração. Em aprofundado estudo dedicado especialmente ao tema, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO esclarece que o motivo dessa utilização não foi outro senão a insuficiência dos instrumentos do Direito público diante

⁶¹⁷ Almiro do COUTO E SILVA credita a expressão a Flitz FLEINER. **Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas**, Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 27, nº 57 (supl.), 2004, p. 181-208. Esse movimento de fuga às chamadas vinculações jurídico-públicas é muito bem retratado nas palavras de Maria João ESTORNINHO: “*é fácil imaginar que, por detrás deste tipo de fenômenos, existam por vezes objetivos velados e sub-reptícios, como sejam os de tentar ultrapassar as vinculações jurídico-públicas a que a Administração de outro modo estaria sujeita, em relação às competências, às formas de organização e de actuação, aos controlos ou à responsabilidade*”. **A Fuga para o direito privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública**. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2009, p. 67.

⁶¹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria de sociedade burguesa**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, p. 170.

⁶¹⁹ LAUBARDÉRE, André de. **Manual de Derecho Administrativo**. Ed. Temis Libreria: Bogotá, 1984, p. 26.

da ampliação da máquina estatal: “daí a Administração socorrer-se do direito privado, quer transferindo a empresas particulares a execução de serviços públicos; quer criando pessoas jurídicas de direito privado, para atuarem pelos métodos da gestão privada; quer celebrando contratos de direito comum para a exploração de seu patrimônio”⁶²⁰.

Ocorre que, a partir da intensificação da utilização de técnicas contratuais típicas do Direito privado pela Administração, a interpenetração do Direito privado na atividade administrativa gerou severas críticas e suspeitas quanto aos riscos para a ordem jurídica e para a preservação dos princípios a que se encontra vinculada a Administração, como forma de a Administração “escapar” das regras rígidas e do controle próprios do regime de Direito público⁶²¹. O resultado disso foi uma reação da doutrina no sentido de negar a possibilidade de afastamento do regime de Direito público em diversas manifestações do agir administrativo, especialmente quando a Administração se presta a utilizar de técnicas associativas com particulares para o alcance de finalidades que permanecem no campo, tipicamente estatal, de prossecução dos interesses coletivos⁶²². Diante do risco da alardeada “fuga para o Direito privado”, a reação da doutrina produziu, ao revés, uma “fuga do Direito privado”, ante o reconhecimento de que a posição da Administração nunca poderia ser igual à do particular, pois *a mera presença da Administração faz substituir a autonomia da vontade pelo princípio da*

⁶²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Do Direito Privado na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 1989, p. 73. Em obra mais recente, Gustavo BINENBOJM reafirma esta tendência ao firmar que: “*esta privatização da atividade administrativa tem se dado por variadas formas e em diferentes setores. (...) A ideia de consensualidade tem cada vez mais permeado as relações entre administrados e Administração. A intervenção direta do Estado na economia tem sido substituída por parcerias com a iniciativa privada, pelas quais empresas não-estatais passam a explorar serviços públicos e atividades econômicas antes sujeitas a monopólio estatal*”. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 20. A consequência disso, conclui BACELLAR FILHO, é a dificuldade em se estabelecer uma delimitação segura entre as esferas do público e do privado: “*A doutrina brasileira tem apontado circunstâncias responsáveis pela dificuldade na construção de uma teoria capaz de delimitar as esferas entre Direito Público e Direito Privado. Um dos fatores seria a própria constitucionalização do Direito Civil (expoente do Direito Privado) e do Direito Administrativo (expoente do Direito Público). A aceitação da supremacia da Constituição e da sua penetração em toda malha do ordenamento jurídico contribui significativamente para a derrocada dessas fronteiras*”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 80-81.

⁶²¹ Para um panorama completo do tema no Direito comparado, ver: ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o direito privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública**. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2009, p. 85 e ss.

⁶²² Basta ver, por exemplo, que apesar do regime das entidades da administração indireta ter sido inicialmente concebido para ser o de Direito privado, ou predominantemente de Direito privado, a Constituição de 1988 ampliou consideravelmente a parte de Direito Público do regime das autarquias e sociedades de economia mista, tornando-o muito semelhante ao regime puramente de Direito público que disciplina a Administração direta e centralizada.

*legalidade; extingue a liberdade de forma; vincula a Administração aos seus fins e assegura-lhe certos privilégios concedidos por lei (...)*⁶²³.

Especificamente em matéria contratual, a crítica à utilização do Direito privado trouxe como resultado – já vimos – a generalização da aplicação do regime estatutário (regime jurídico especial de Direito público) para toda atividade contratual da Administração, regime este marcado pela inafastável posição de superioridade jurídica da Administração em relação aos particulares em todas as fases do “acordo” celebrado⁶²⁴. Ainda quando celebrasse contratos próprios do Direito privado, a Administração não poderia deixar de se utilizar das prerrogativas que lhe seriam conferidas pelo regime jurídico público, em virtude dos princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público que lhes seriam conformadores⁶²⁵. Assim é interpretado o Art. 62, §3º, inc. I da Lei Geral de contratações públicas, com o sentido de que, “no que couber” para o bem do interesse público, também os contratos privados da Administração podem sofrer a incidência de prerrogativas de ação unilateral pela Administração, independentemente da concordância da outra parte.

No contexto jus-positivo brasileiro, repercute-se, com grande intensidade, a fórmula da publicização generalizada dos contratos da Administração, como medida protetora dos interesses da coletividade em nome da salvaguarda do interesse público supremo e exclusivo do

⁶²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Ainda existem os chamados contratos administrativos?** In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, e RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 398 e ss. A autora, aliás, faz críticas severas a algumas formas de parceria de que tratamos no capítulo III, cujo objetivo seria puramente fugir aos controles do regime jurídico publicístico, citando os casos de algumas fundações de apoio a entidades públicas, de certas cooperativas prestadoras de serviços públicos e de muitos contratos de fornecimento de mão-de-obra. A propósito de algumas fundações de apoio que prestam serviço da área social (saúde, educação), a autora salienta a verdadeira confusão entre as atividades da entidade conveniada e as atividades do poder público, com inegável prejuízo à transparência e à observâncias das regras do regime jurídico publicístico. Segundo a autora, essa seria “*a grande vantagem dessas entidades: elas são a roupagem com que se reveste a entidade pública para escapar às normas do regime jurídico de direito público. (...) são a fórmula mágica que se encontrou para, sob a forma de ente de cooperação, assumir o papel que a lei outorgou à entidade pública*”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública – Concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 7ª edição. São Paulo: Editora Atlas. 2009, p. 285 e ss. Para um aprofundamento da crítica nesse sentido, ver: VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública**. 2ª ed., revista e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

⁶²⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Do contrato administrativo à administração contratual**. Revista do Advogado. Ano XXIX, Dezembro de 2009, nº 107. p. 74-81.

⁶²⁵ Cf. DALLARI, Adilson. **Contrato de obra pública**. In: Cadernos FUNDAP, São Paulo, 1985 apud DI PIETRO, Maria Sylvia. **Do Direito Privado na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 1989, p. 147; e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Ainda existem os chamados contratos administrativos?** In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, e RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 398 e ss.

Estado. Quanto aos contratos de Direito privado da Administração, ante os riscos que poderiam representar, a própria Lei cuidou de reconhecer a faculdade da Administração de optar pelo regime de prerrogativas sempre que o fim de interesse público visado com o contrato assim o reclamar, o que acabou resultando numa radicalização uniformizadora do regime jurídico aplicável a todas as espécies contratuais, em favor do regime de Direito público, estatutário, estabelecedor de prerrogativas de ação unilateral para a Administração⁶²⁶.

Com isso, se o critério adotado para diferenciar o contrato Administrativo do contrato de Direito privado da Administração é o da presença de cláusulas exorbitantes, a possibilidade de invocação destas cláusulas pelo Poder Público mesmo nos contratos regidos predominantemente pelo Direito privado faz “administrativizar” todos os contratos da Administração, submetendo-os [todos] às prerrogativas de ação unilateral próprias dos contratos administrativos inerentes à teoria clássica de matriz francesa⁶²⁷. Isto força o reconhecimento de que, no Brasil, na verdade, a diferença entre contratos administrativos X contratos de direito privado da Administração já praticamente não existe em termos substanciais – ou é bastante sutil, quase imperceptível –, e decorre apenas do fato de que, enquanto nos contratos administrativos a presença de todas as prerrogativas de ação unilateral em favor da Administração se presume tal como se nos contratos estivessem escritas, nos contratos regidos predominantemente pelo Direito Privado presume-se que tais prerrogativas possam igualmente existir, dependendo apenas da vontade do administrador de incorporá-las ou não ao contrato. Se as prerrogativas de ação unilateral, em qualquer dos casos, permanecem ao alcance e à disposição do Estado-contratante, que pode se valer sempre que o interesse público assim o reclamar, pouco sobra de diferenças relevantes, em termos de regime jurídico (critério diferenciador no Brasil), entre estas duas espécies de contratos da Administração.

Este é o dado que queríamos ressaltar para perceber que, no Brasil, se adotado o critério prevalecente na teoria clássica do contrato administrativo amplamente aceito entre nós (o critério das cláusulas exorbitantes), na verdade não há propriamente um tipo contratual que possa ser considerado contrato privado da Administração. Todos os contratos de que o Poder

⁶²⁶ Id. Ibid, p. 398 e ss. Nas palavras da autora: “*Pode-se acabar com a figura do contrato administrativo, como querem alguns. Mas não há como acabar com as prerrogativas que a Administração Pública exerce sobre os particulares*”.

⁶²⁷ Já vimos que parte da doutrina administrativista brasileira reconhece expressamente tal publicização. Ver tópico 1.6 desta Dissertação.

Público participa acabam se conformando, na essência, segundo a visão escorada na teoria clássica, como típicos contratos administrativos. Tal conclusão seria suficiente para concluirmos no sentido da inexistência da dualidade contratos administrativos X contratos de direito privado da Administração no Direito Administrativo brasileiro, em favor da prevalência dos primeiros em detrimento dos segundos.

Entretanto, a nossa conclusão leva ao mesmo resultado (esvaecimento da dualidade contratos administrativos X contratos privados da Administração) porém com fundamentos e constatações totalmente diversos. Isto porque, diante das transformações assistidas com o aumento progressivo de módulos contratuais (capítulo III) e com os impactos da Administração-consensual nas bases teóricas dos contratos administrativos no cenário contemporâneo (capítulo IV), não há como negar que, na verdade, ao invés de afirmar-se o esvaecimento da dualidade no sentido da prevalência do contrato administrativo clássico, o que se constata é a aparente aproximação dos contratos administrativos – em termos de teoria geral – dos chamados “contratos privados da Administração” (segundo o seu conceito doutrinário não “publicizado”), no qual as prerrogativas de ação unilateral da Administração deixam de constar implicitamente como decorrência da supremacia do interesse público sobre o privado e passam a incidir apenas quando a própria lei assim expressamente o estabelecer, ou quando as partes decidam consensualmente pela sua inclusão como condição do negócio jurídico firmado.

Ora, se os chamados contratos privados da Administração são, segundo a melhor doutrina nacional, contratos em que as prerrogativas de ação unilateral não se presumem – em que pese, no Brasil, elas também sejam aplicáveis aos contratos privados da Administração devido à abertura normativa e à nossa tendência publicizadora –, a relativização da exorbitância e a maior margem de consensualidade presente nos contratos, resultado da contratualização da ação administrativa aqui estudada, acarreta um reconhecimento de que haveria, na verdade, na atualidade, uma aparente prevalência dos contratos privados da Administração sobre os contratos administrativos, ambos agora marcados apenas potencialmente pela presença de prerrogativas da Administração, que deixam de constar implicitamente em todo e qualquer contrato para incidirem apenas quando a lei ou a vontade das partes assim o impuserem.

Embora esta aparente prevalência dos contratos privados não se sustente em vista do atual estágio de interpenetração entre o Direito público e o Direito privado, que faz perder a

utilidade teórica e prática da classificação de um dado contrato da Administração como pertencente a um desses dois grandes blocos da ciência jurídica⁶²⁸ – o que será melhor evidenciado no decorrer do último capítulo do presente trabalho –, o fato é que, entre os contratos celebrados pela Administração, fica cada vez mais difícil encontrar diferenças substanciais em termos de teoria geral para fins de classificação do contrato da Administração como “administrativo” ou como “privado”, especialmente porque o principal critério definidor desta dualidade (a presença de prerrogativas de ação unilateral) encontra-se hoje, pelos motivos expostos ao longo deste capítulo, substancialmente esvaziado.

A dificuldade em se estabelecer uma fronteira rígida entre o contrato administrativo e o contrato privado da Administração passa ainda pela constatação de que, em maior ou menor grau a depender de cada país, sempre foi reconhecida a incidência de regras e princípios próprios de Direito Administrativo sobre os contratos da Administração, ainda que este contrato seja considerado de Direito privado⁶²⁹. Até mesmo na Alemanha, na Itália e nos países da *common law*, tal publicização dos contratos privados de que a Administração participa é um fenômeno evidente⁶³⁰.

Tal aproximação é tão manifesta que houve quem declarasse o fim ou a “morte” do contrato administrativo. Para Maria João ESTORNINHO, por exemplo, os contratos administrativos são em tudo semelhantes, em termos de regime jurídico, aos contratos privados da Administração. O objeto de seu estudo ocupa-se, justamente, da teoria clássica do contrato administrativo, de inspiração francesa, e que está baseada na dualidade entre contratos administrativos X contratos privados da Administração, tendo por objetivo apurar o limite

⁶²⁸ Relembre-se apenas que, no Brasil, a única razão verdadeiramente útil para tal distinção era determinar o regime jurídico aplicável (público ou privado). Por aqui, diferentemente da França e de outros países por ela influenciados, nunca houve o interesse ou a utilidade em se classificar os contratos da Administração para fins de delimitação da jurisdição competente, tendo em vista o princípio da unicidade do Judiciário. O Conselho de Estado no Brasil nunca teve um papel importante nestas questões, servindo apenas como um órgão auxiliar do imperador. Porém agora, se tida como verdadeira a tendência – já amplamente verificada na prática (capítulo III) – de relativização do regime jurídico “exorbitante” como critério que marca e diferencia os contratos administrativos dos contratos privados da Administração, perde-se a utilidade em se diferenciar, entre os contratos que a Administração pode figurar como parte, aqueles que são considerados de Direito público daqueles considerados de Direito privado.

⁶²⁹ No Brasil, como vimos, a publicização provocou uma verdadeira uniformização do regime de exorbitância aplicado aos contratos da Administração (ver tópico 1.6).

⁶³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Ainda existem os chamados contratos administrativos?** In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, e RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 404-405.

conceitual da expressão “contrato administrativo”, a fim de descobrir se ela corresponde efetivamente a uma realidade ou se, por outro lado, é uma mera fórmula de origem na tradição. Após percorrer um longo caminho, por meio do qual procurou demonstrar a aproximação entre as duas categorias de contratos da Administração, a autora acabou por reconhecer, ao final, que nem o contrato administrativo é tão exorbitante e nem os contratos privados da Administração são exatamente iguais aos contratos celebrados entre os particulares, propondo um tratamento uniforme a todos os contratos da Administração:

“(...) o ‘contrato administrativo’ não passou de um equívoco histórico que, além de não corresponder à realidade, nem sequer vale a pena manter, uma vez que são inúmeros os seus inconvenientes. (...) o regime jurídico do contrato administrativo é, em si mesmo, compatível com o Direito contratual comum; aliás, isto tem sido progressivamente admitido pelos próprios defensores do contrato administrativo, à medida que os administrativistas foram perdendo o complexo de exorbitância em relação ao Direito Público. (...) os chamados ‘contratos privados’ da Administração não podem ser considerados absolutamente idênticos aos dos particulares e, pura e simplesmente, ser votados ao esquecimento; o reconhecimento do fenómeno de publicização da actividade administrativa de direito privado obriga a que todos os contratos da Administração sejam encarados em termos idênticos”⁶³¹.

De fato, as conclusões da autora são pertinentes e adequadas ao novo contexto do fenómeno contratual da Administração. As diretrizes de uma nova teoria geral dos contratos da Administração – delineada na sequência – não podem desconsiderar a aproximação da disciplina jurídica de todos os contratos de que a Administração participa, seja pela necessidade nova configuração do regime de exorbitância – que resulta na aproximação dos contratos administrativos com os contratos privados da Administração –, seja em razão do reconhecimento de um núcleo comum de princípios e regras, aplicável indistintamente em qualquer manifestação contratualizada do agir administrativo⁶³². O chamado mínimo de vínculo com o Direito Público, limitador da autonomia pública contratual, bem servirá para demonstrar

⁶³¹ ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo Contrato Administrativo**, Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 183-184.

⁶³² Antes de ESTORNINHO, também em Portugal SÉRVULO CORREIA já apontava que: “(...) *pouco a pouco, se nota a tendência para rodear todos os contratos da Administração de um mesmo quadro procedimental que obedece ao duplo objectivo de salvaguardar princípios de gestão e a imparcialidade administrativa. (...) ainda que se possa pensar que o sentido histórico desta evolução é o acabar por submeter à mesma jurisdição e a um mesmo núcleo de princípios toda a contratação administrativa, convém deixar que seja a lenta sedimentação da experiência a demonstrar se assim deve ser e em que medida*”. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coleção teses. Coimbra: Almedina, 2003, p. 392.

esta confluência de toda atividade contratual do Poder público na atualidade, superando a dualidade contratos administrativos X contratos privados da Administração.

4.5. Necessidade de reformulação da teoria geral dos contratos administrativos

Até aqui, o presente capítulo teve por finalidade apontar em que medida a expansão da contratualidade administrativa impacta a teoria dos contratos administrativos. Os principais efeitos puderam ser percebidos acima, quando se procurou ressaltar (i) o aumento de complexidade do fenômeno contratual da Administração; (ii) a insuficiência do regime estatutário próprio da teoria clássica do contrato administrativo para explicar esse fenômeno; (iii) a tendência à relativização do regime de exorbitância que acompanhou a teoria do contrato administrativo desde a sua matriz francesa; e (iv) o progressivo esvaecimento da fronteira entre o contrato administrativo e os contratos ditos privados da Administração, do que resulta a tendência à aproximação, em termos de teoria que se pretenda aplicar, de todas as manifestações contratualizadas do agir administrativo.

Mas não há dúvida de que a principal consequência da nova configuração da Administração contratual que procuramos retratar é, antes de tudo, de ordem eminentemente epistemológica, enquanto meio cientificamente capaz de demonstrar a insuficiência da teoria do contrato administrativo perante os desafios inerentes à multiplicidade de situações jurídico-administrativas criadas por intermédio de instrumentos contratuais das mais variadas formas e com os mais variados objetivos. Se a teoria geral tem por finalidade analisar e melhor compreender o instituto, procurando delimitá-lo no campo do conhecimento segundo características comuns⁶³³, resta inegável, no mínimo, a partir das transformações e dos

⁶³³ Para Juan Carlos CASSAGNE, a utilidade de uma teoria geral sobre o contrato administrativo: “*se proyecta en una serie de reglas y principios que contribuyen a la seguridad jurídica, que, básicamente, hace a la previsibilidad de las reglas de juego aplicables al contrato administrativo. Entre otros aspectos cabe destacar: 1) Cubre las lagunas legislativas o las cuestiones de interpretación que surgen acerca de la naturaleza administrativa de ciertos contratos que celebra el Estado tales como los contratos atípicos y los innominados y, en particular, los contratos que contienen objeto múltiple; 2) Permite explicar el funcionamiento de las técnicas de la analogía y/o de la aplicación subsidiaria; 3) Justifica la prevalencia de la causa de fin público relevante en la interpretación del contrato (v.g. en cuanto al régimen de la caducidad, potestas variandi y/o en la revocación por razones de oportunidad); 4) Configura el marco teórico que fundamenta la inexistencia de potestades implícitas, justificando la renuncia al ejercicio de las prerrogativas (teoría de las potestades); 5) Hace posible el deslinde entre lo público y lo privado, en el campo de las contrataciones estatales, aspecto este del que nos ocuparemos en el punto siguiente; 6) Da cabida a la clasificación entre contratos de colaboración y de atribución, excluyendo en este último caso las prerrogativas de poder público y estableciendo una interpretación más favorable al contratista; 7) Por último, admite que la teoría general resulta inaplicable a los contratos regidos por leyes*”

impactos ora anunciados, a necessidade de um reestudo da teoria geral do contrato administrativo no Direito Administrativo brasileiro. Esta é, segundo entendemos, a principal contribuição da presente Dissertação no sentido de uma evolução teórica da matéria contratual da Administração no ordenamento jurídico nacional.

Diante da atenuação do caráter unilateral e impositivo do agir administrativo, que progressivamente se afasta da ação unilateral para valer-se do contrato como meio juridicamente mais eficaz e democrático de criação de situações jurídicas – através da técnica do diálogo, do consenso e da negociação –, o contrato administrativo contemporâneo se afasta das notas características que o identificavam no momento de sua concepção e afirmação. Ao mesmo tempo em que alguns contratos sofrem mudanças para expressar a nova realidade de parcerias entre o setor público e o setor privado, há uma ampla disseminação de novos tipos de acordos entre a Administração e grupos de interesses; entre a Administração e particulares em geral; entre entes ou setores da Administração etc, todos eles substancialmente diferentes, em termos de objetivos e de regime jurídico, daquela figura rígida e estatutária de contrato administrativo estudada no primeiro capítulo e contemplada no Direito positivo nacional.

Fica claro que a compreensão e finalidades desta diversificada gama de relações contratuais não podem ser apreendidas a partir das tradicionais concepções de contratos administrativos, especialmente diante da nova forma de administrar moldada a partir das exigências da Administração-consensual. O Direito Administrativo contemporâneo, enquanto subsistema jurídico, não pode mais ser compreendido apenas a partir de uma perspectiva defensiva do cidadão perante atuações de autoridade da Administração. Os novos objetivos e encargos da Administração pública atual impedem que esse Direito Administrativo seja entendido apenas como um “direito de colisão” (na expressão de SCHMIDT-ASSMANN⁶³⁴)

especiales así como a los contratos de atribución (v.g. contratos de promoción industrial o sobre ayudas públicas), en los que no cabe la sustitución del co-contratante privado”. CASSAGNE, Juan Carlos. **Algunas Reflexiones sobre la Evolución y Vigencia Actual del Contrato Administrativo.** Interesse Público – IP. Belo Horizonte, n. 41, ano 9 Janeiro / Fevereiro 2007 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 2 out. 2013.

⁶³⁴ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema.** Madrid: Marcial Pons/Instituto Nacional de Administración Pública, 2003, p. 25 e 75. Nas palavras do autor: “*Resulta evidente, en efecto, que el Derecho administrativo no puede concebirse exclusivamente como un sistema sin otra finalidad que garantizar la protección del individuo frente al Estado. La vertiente de defensa o libertad deviene insuficiente. Los fines y objetivos del Derecho administrativo van mucho más allá de dispensar, en la mayor medida posible, la mejor garantía en favor de las situaciones jurídicas consolidadas ante la injerencia de los*

entre os interesses públicos e particulares, forçando uma compreensão também como “direito de distribuição” de interesses privados sob mediação dos poderes públicos⁶³⁵.

Tanto é assim que a prática normativa e administrativa recente tem demonstrado, com frequência, o alargamento da utilização de formas contratuais mais próximas do regime de Direito privado, com uma significativa tendência de flexibilização⁶³⁶ do uso de prerrogativas de ação unilateral pela Administração como resultado do novo *modus agendi* do Estado Democrático de Direito contemporâneo. Nesse cenário surgem os novos módulos contratuais necessários à criação de novas relações jurídicas e os novos módulos contratuais utilizados em substituição à decisões unilaterais da Administração, analisados ao longo do capítulo III da Dissertação.

poderes públicos. Es claro que, en toda situación en la que resulte obligado garantizar el respeto y la protección del individuo, emergerá inexorablemente la antítesis entre la coacción estatal y la libertad individual – por utilizar la expresión de Ernst FORSTHOFF –, y en la que la problemática de la digmática básica de los derechos fundamentales continua siendo de una enorme importancia. Ahora bien, si se pretendiera que toda acción administrativa estuviera presidida por el postulado de la presunción general de libertad, no podría entenderse en su entera dimensión que el individuo también se halla vinculado a la comunidad y que el Estado tiene la obligación de proteger a todos los ciudadanos (vid. 2/35-39). A ello debe añadirse que una tal perspectiva vaciaría de todo contenido o dejaría sin sentido a la problemática que encierran las relaciones multilaterales, esto es, de las constelaciones ante la Administración pública, y a la que há de dar una adecuada respuesta el Derecho administrativo, con el procesamiento y ponderación de todos los intereses en juego (vid. 3/83-83). En estos casos concurren y entran en conflicto o colisión las libertades de diversos sujetos o titulares de intereses distintos, sin que la Constitución se haya decantado de una vez por todas en favor de unos intereses o libertades en cuestión en perjuicio de otros, es decir, sin que haya establecido en favor de quién há de jugar la presunción o principio pro libertate. (...) La dimensión protectora de los derechos fundamentales no puede pasar por alto el papel de Ley parlamentaria como distribuidora de tareas públicas. La doble faceta jurídica del Estado, como posible agresor y como garante de los derechos fundamentales, debe ser entendida dentro del sistema de separación de poderes (...). Los derechos fundamentales actúan aquí como un mínimo prestacional. A partir de ese substrato básico se pueden establecer otras prestaciones públicas; eso sí, partiendo de una idea distributiva de los recursos existentes y sin perder de vista la posible existencia de ciertos deberes pretacionales”.

⁶³⁵ Segundo Pedro MACHETE, “a alternatividade entre as formas ato administrativo e contrato administrativo aponta justamente nesse sentido”. **Estado de direito democrático e administração paritária**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 51.

⁶³⁶ Ao discorrer sobre o ato administrativo consensual e a necessidade de flexibilidade e negociabilidade, Luciano Parejo ALFONSO assevera: “Aunque no excluye – siempre que la norma de aplicación lo permita – el establecimiento de soluciones ‘adaptativas’ a las circunstancias del caso concreto, especialmente sobre la base de la potencialidad ‘flexibilizadora’ de la ejecución que encierran determinados preceptos o principios constitucionales, como especialmente el de proporcionalidad deducible del de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. (...) Conforme señala H. Bauer para el Derecho Alemán, pero con indudable validez para el nuestro, en este tipo de actos deben ser posibles – extrapolando analógicamente las técnicas desarrolladas en el Derecho privado para la prevención de riesgos en la relación contractual – cláusulas de ‘adaptación’ a las circunstancias, mediante las cuales las partes se aseguren el necesario y específico equilibrio (para la consecuente distribución de las cargas y los riesgos) entre las exigencias de la estabilidad y de la adecuación suficientemente flexible a las circunstancias sobrevenidas”. ALFONSO, Luciano Parejo. **Los actos administrativos consensuales en el Derecho Español**. A&C. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 3, n. 13, p. 11-43, jul/set. 2003, p. 21.

Ocorre que tal manifestação da *contratualidade administrativa* nos diversos campos de atuação estatal – inclusive naqueles em que a autoridade sempre foi mais central –, ainda provoca reações da doutrina no sentido de considerar que a consensualidade, em muitos casos, pode representar a outorga de “passe livre” à Administração para agir em desconformidade com a Lei e com os princípios do Direito Público, forjados ao longo dos séculos para garantir o pleno exercício da função administrativa por excelência: a tutela do interesse público. Não raro, são vistas com estranheza as teses que procuram questionar a vigência de princípios como a supremacia e a indisponibilidade do interesse público, ao quais, em matéria contratual, justificariam a presença implícita das chamadas cláusulas exorbitantes. Nesta concepção, a Administração não poderia abrir mão das prerrogativas estatais que lhe seriam inerentes em função de sua posição de guardião ou protetora do interesse público⁶³⁷. A consequência disto foi – e ainda é – a tendência de unificação e uniformidade do regime jurídico do contrato administrativo no Brasil, tanto no plano teórico-científico quanto – mais acentuadamente – no plano normativo.

Nada obstante, é precisamente nesse contexto de tendência à publicização que se revelam os maiores desafios em termos de teoria que se pretenda aplicar ao fenômeno contratual da Administração, na medida em que ao menos duas opções se colocam para o operador do Direito: (i) a primeira consiste em simplesmente continuar a adotar indistintamente a teoria dos contratos administrativos, marcada pela exorbitância e unilateralidade, para todas as espécies contratuais de que a Administração participa, fechando os olhos para a necessidade de mudanças e de adaptações de um regime mais adequado aos novos módulos contratuais (posição esta que foi negada pelo próprio legislador, diga-se, quando se observa a proliferação de normas tendentes a regular contratações específicas sem a rigidez do regime estatutário); (ii) a segunda, por sua vez, corresponde à tentativa de construção de uma nova teoria geral aplicável aos contratos da Administração, que pretenda ser mais adequada e ao mesmo tempo mais eficiente na difícil tarefa de conformar a plurifacetária realidade prática dos contratos da Administração contemporânea.

⁶³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Ainda existem os chamados contratos administrativos?** In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, e RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 398.

Parece-nos mais adequado assumir a segunda postura, admitindo-se, ao menos, se não a superação da teoria clássica ou tradicional do contrato administrativo, a necessidade de sua releitura em vista (i) da complexidade da sociedade atual e, por conseguinte, do Direito enquanto ciência social; (ii) da insuficiência do Estado em prover todas as necessidades coletivas em condições satisfatórias; (iii) do aumento de participação e de cooperação privada nos assuntos de interesse público; e (iv) da constatação de que o interesse público não deve ser tutelado apenas pelo Estado, devendo este cada vez mais instrumentalizar-se de maneiras eficientes para bem atingir os resultados almejados. Ora, se é hoje inegável a importância e a utilidade desses novos módulos contratuais da Administração para a prossecução do interesse público na sociedade contemporânea – muitos deles já incorporados ao Direito positivo –, obviamente não se afigura como correto desconsiderar as transformações assistidas para simplesmente reduzir os contratos à uniformização de seu regime jurídico, submetendo-os (todos) a um regime jurídico único, exorbitante e instituidor de prerrogativas públicas.

Vale lembrar que a teoria do contrato administrativo, nos moldes concebidos pela jurisprudência e sistematizada pela doutrina francesas, nunca teve a pretensão de explicar e aplicar-se a todo o fenômeno contratual da Administração, senão apenas a determinadas espécies de contratos que, devido à sua natureza e relevância para o bem comum – ou, como se preferir, para o interesse público –, não poderiam ficar sujeitas às regras aplicáveis às relações entre particulares (Código Civil), exigindo um conjunto de princípios e regras próprios. Nada obstante isso, vimos que o Brasil não apenas incorporou esse conjunto de princípios e regras ao seu Direito positivo, como lhe deu uma configuração bastante mais abrangente do que lhe conferiu a própria França (berço do instituto do contrato administrativo), acarretando com isso uma radical ampliação da teoria do contrato administrativo a praticamente todas as formas contratuais da Administração⁶³⁸. Por isso, se não pelo fato de que a teoria encontra-se hoje

⁶³⁸ Relembre-se que nem mesmo o principal teórico dos contratos administrativos na França (JÈZE) admitia o regime especial do contrato administrativo para contratos que não tivessem por objeto o serviço público. Para JÈZE, contratos que não se relacionavam com o serviço público deveriam seguir o regime de Direito privado, onde não vigora o regime especial de prerrogativas da Administração. JÈZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo**, 6 volumes, Trad. Julio N. San Millan Almargo, Buenos Aires: Depalma, 1948, vol. 4-6. Tanto é assim que o regime do contrato administrativo francês é particularmente idealizado e aplicado a uma categoria específica de contrato da Administração: os contratos de concessão de serviços públicos. Aliás, até hoje, o pensamento francês sempre diferenciou a concessão de serviço público (e outras figuras próximas) das demais espécies de contratos administrativos, tanto em termos de terminologia quanto do regime jurídico aplicável. Isso explica porque se utiliza, na França, a expressão *marché public* para indicar as contratações administrativas pelas quais a Administração obtém de um terceiro prestação consistente em fornecer bens ou executar obras ou serviços.

superada em vista das transformações do Direito Administrativo, a necessidade de releitura da teoria no caso brasileiro decorre da própria constatação de que, por um equívoco histórico-científico, a teoria nunca foi conformada com a abrangência efetivamente adequada entre nós, e pior, nunca foi efetivamente pensada de acordo com a realidade político-institucional de nosso país⁶³⁹.

Trata-se, portanto, de apontar a imprescindibilidade, no campo teórico-científico, da releitura crítica de uma teoria que sempre teve por objetivo explicar e sistematizar o fenômeno contratual da Administração a partir de um conjunto de preceitos próprios do Direito Administrativo – até mesmo com o objetivo de confirmar a especialidade e autonomia do Direito Administrativo como ramo autônomo da Ciência do Direito –, mas que agora se mostra desafiada diante da transição de paradigmas que a própria evolução do Direito Administrativo logrou produzir. Em outras palavras, frente às novas configurações do Direito Administrativo contemporâneo, é inegável a importância da revisão de uma teoria que, malgrado a sua relevância para a construção da Ciência do Direito Administrativo e para o oferecimento de todo o cabedal teórico de que ora nos servimos, apresenta-se agora desafiada diante do aumento de complexidade acima anunciado. É preciso, pois, oferecer respostas mais adequadas à

As regras legais aplicáveis aos *marchés publics* são diferentes das regras aplicáveis às concessões (Os *marchés* são disciplinados pelo Código das Contratações Públicas que disciplina genericamente as figuras enquadradas como *marché public*, entre as quais não se encontra a concessão de serviço público), não lhes sendo extensível, *in totum*, o regime de prerrogativas especiais incidentes sobre os contratos de concessão com vistas a garantir o funcionamento do serviço público.

⁶³⁹ De fato, a importação da teoria dos contratos administrativos no Brasil, com a atribuição de prerrogativas unilaterais implícitas ao administrador, nunca se mostrou uma técnica de atribuição muito adequada em vista do histórico de corrupção e apropriação do interesse público pelos interesses particularísticos dos governantes. Muitas vezes, as cláusulas exorbitantes serviram para afirmar a máxima segundo a qual o contrato não é capaz de obrigar o Poder Público, o que sabidamente foi utilizado entre nós para justificar o flagrante descumprimento de contratos pela Administração. Para uma crítica mais contundente nesse sentido, ver: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Do contrato administrativo à administração contratual**, in Revista do Advogado, volume 107, São Paulo: AASP, dezembro de 2009. Também por isso, concordamos com Oscar CUADROS quando ele afirma que o fato da teoria do contrato administrativo ter funcionado na França não implica que esse modelo seja adequado a outros países: “*Así, que la teoría del contrato administrativo funcione eficazmente en Francia en modo alguno implica que ese modelo sea extrapolable a otros países. Toda la conformación del sistema francés da cuenta de la primacía de la ley en la organización política; que la teoría del contrato público tenga matices singulares allí, no es algo que sorprenda. Ahora bien que la misma teoría funcione en otros Estados, menos desarrollados institucionalmente y más proclives a prevalerse de sus amplias zonas de atribución discrecional de competencias a la Administración, constituye un desafío evidente. En estos Estados, la teoría del contrato administrativo puede servir a la conformación del fenómeno denominado “patria contratista”, prevaleciendo los funcionarios de tales ámbitos discrecionales, lagunosos e indeterminados, para favorecer a empresarios amigos y para favorecerse por su intermedio. En estos Estados, la lógica contractual formal parece colaborar con mayor eficacia con el estado de derecho y la gestión de los bienes públicos”*. **El Estado y la legalidad convencional**. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 27 set. 2013.

realidade atual, que sejam capazes de traduzir do ponto de vista sistêmico e científico os pontos comuns a todas as espécies de contratos celebrados pela Administração.

CAPÍTULO V – DELINEAMENTOS DE UMA NOVA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NO PANORAMA DA ADMINISTRAÇÃO-CONSENSUAL

“(...) o estudioso do direito administrativo, se não deseja tornar-se mero narrador ou cronista, deve procurar unir-se ao direito em mutação, perscrutando-lhe os rumos, mas sem se perder nas inúmeras particularidades do seu movimento. (...) a ciência do direito administrativo deve buscar uma nova linguagem, que lhe permita ir além do direito positivo, reconstruindo os superiores princípios que regulam as leis do movimento”⁶⁴⁰.

Sem discordar daqueles que adverte a prematuridade de qualquer tentativa de delinear uma nova teoria geral dos contratos administrativos⁶⁴¹, arriscar-nos-emos na intrincada tarefa de buscar sistematizar ao menos as linhas-mestras de uma renovada teoria que leve em consideração as transformações do Estado de Direito e do Direito Administrativo a partir da inclusão da consensualidade como princípio-vetor da atividade administrativa contemporânea.

⁶⁴⁰ CASSESE, Sabino. *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX ao XXI secolo*. Rivista Trimestale di Diritto Pubblico, n. 1, p. 35., 2002. Texto traduzido publicado na Revista Interesse Público – IP, Fórum: Belo Horizonte, ano 6, n. 24, mar./abr. 2004. O autor traça ainda uma quarta orientação, baseada na lição de TOCQUEVILLE: “Finalmente, a ciência do direito, agora mais do que nunca, deve desviar da tendência comum aos comentaristas, como sugeria Tocqueville, nos últimos anos da sua vida, ao seu neto predileto: “Todos os autores que escreveram sobre esta matéria, mesmo os mais célebres, foram ou são espíritos pouco elevados, que não sabem julgar por eles mesmos o valor e a excelência das regras que eles ensinam, nem se apercebem, para além da ciência da qual seriam os comentadores, a ciência mais geral e maior que ensina sob quais condições as sociedades prosperam. Há, entre eles, hábeis comentaristas, distintos juristas, renomados escritores; não há nenhum publicista. Eles estão todos sufocados com as suas ciências e imaginam que não há nada mais perfeito no mundo. Preserva-te de um erro semelhante (...). Tudo o que eu quero te dizer hoje é que estudes o direito administrativo preservando com cuidado teu espírito de preocupação e de preconceitos de toda espécie que preenchem o espírito dos comentaristas deste direito e daqueles que o aplicam. É necessário, para aprender este direito, julgar, ver de cima e ao redor dele o que se lhe escapa, e considerar, enfim, a centralização como uma máquina admiravelmente administrada dentro do interesse daqueles que governam, mas, atualmente, defeituosa e muitas vezes detestável, se a colocarmos do ponto de vista do interesse geral, que é, acima de tudo, o único que falha por julgar as instituições humanas”. (Tradução livre: TOCQUEVILLE, A. de. Ouvres complètes, t. XIV. Correspondance Familiale. Paris, 1998, 293-4).

⁶⁴¹ Veja-se, a este respeito, a opinião de Gustavo Justino de OLIVEIRA: “É demasiadamente prematuro firmar posições sobre os câmbios que essas novas perspectivas podem desencadear na teoria geral dos contratos administrativos. No entanto, parece que uma forte linha de transformação reside no (relativo) superamento da premissa do desnivelamento do particular-contratado em face da Administração-contratante, como elemento de caracterização de todo e qualquer contrato administrativo”. *A arbitragem e as Parcerias Público-Privadas*. Revista Trimestral de Direito Público nº 48/2004, São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 220.

A partir das premissas de transformação do Direito Administrativo – que se procurou bem firmar nos capítulos precedentes –, a Dissertação buscará oferecer alguns delineamentos de uma nova teoria geral que pretenda explicar o fenômeno contratual da Administração no contexto da Administração-consensual, sem desconsiderar o caráter exclusivamente teórico e propositivo de tal desiderato.

Advirta-se, desde logo, que não se nega vigência ao Direito positivo brasileiro. Não há dúvida de que o figurino do contrato administrativo típico encontra-se bastante claro no texto legal (Lei nº 8.666/93) e solidamente aceito por nossa doutrina e jurisprudência. Não se pretende negar o Direito posto para reinterpretar, de maneira absolutamente desconexa com os textos legais vigentes, o instituto do contrato administrativo no Brasil. Trata-se de uma proposta que se circunscreve no plano teórico, e tem por objetivo influenciar o plano do Direito positivo apenas na medida em que se possa, a partir da crítica, alterá-lo. Quer-se apenas demonstrar que a opção legislativa de adotar uma teoria do contrato administrativo de modo abrangente e universalizante mostra-se hoje uma escolha inadequada frente à complexidade do fenômeno contratual da Administração.

Uma segunda ressalva importante: é que, obviamente, a análise que se pretende empreender a seguir não intenciona oferecer uma completa e abrangente proposta de nova teoria geral dos contratos administrativos – o que, embora desejável, desbordaria os limites do presente trabalho, além de desvirtuar os seus propósitos. O objetivo deste capítulo final é bem delimitado, e consiste apenas na tentativa de sistematização, a partir dos impactos verificados pela introdução do “princípio do consenso” na atividade administrativa (Capítulo IV), dos pontos de convergência do fenômeno contratual da Administração capazes de orientar a futura construção de uma nova teoria dos contratos administrativos entre nós. A análise, portanto, será restrita ao panorama da consensualidade, e não considerará outras eventuais causas de transformação que também possam impactar a formulação teórica dos contratos administrativos na atualidade. Embora em alguns momentos se faça menção a outras possíveis causas, a sistematização teórica a ser feita a seguir limitar-se-á ao contexto da consensualidade e da contratualização do agir administrativo, procurando ressaltar em que medida esta nova orientação paradigmática contribui para o delineamento de uma nova teoria dos contratos administrativos no Direito Administrativo brasileiro.

5.1. O reconhecimento da ampla capacidade contratual da Administração

Uma primeira e relevante nota constitutiva de uma nova teoria que se pretenda aplicar no contexto da Administração-consensual parece consistir na necessidade de reconhecimento, especialmente no Direito brasileiro, da ampla capacidade da Administração para firmar contratos independentemente de existência de prévia conformação legislativa que delimite o tipo contratual; a situação em que ele possa se aplicar; ou o regime jurídico da contratação. Trata-se de reconhecer à Administração Pública a capacidade de recorrer ao instrumento contratual sempre que a alternativa se mostrar mais aderente aos objetivos do Poder Público no desempenho de suas funções, desde que inexista lei que proíba o recurso à técnica convencional ou obrigue o administrador à prática de ato unilateral.

O desafio aqui é delimitar qual o papel exercido pela Lei no tema da contratualidade administrativa no Direito brasileiro⁶⁴². A questão se insere na perspectiva da Administração-consensual porque, como vimos, uma das vertentes da consensualidade manifesta-se na contratualidade administrativa, que consiste no maior emprego do recurso ao contrato em detrimento do ato unilateral. Nesse contexto, diante da configuração tradicional do princípio da legalidade, coloca-se a dúvida sobre a capacidade/possibilidade de a Administração celebrar ajustes consensuais mesmo quando não haja prévia e expressa autorização legislativa. A nosso ver, tal problemática encerra-se hoje nas seguintes indagações: (i) a Administração pode celebrar contratos atípicos, ou seja, contratos que não estejam previamente configurados pelo ordenamento jurídico? (ii) a Administração pode celebrar contratos como alternativa a atos unilaterais, ainda que inexista lei autorizativa de tal conduta?

A primeira indagação se dá no campo das atividades em que a figura do contrato já é, há tempos, admitida no domínio da Administração, como na prestação de serviços e utilidades públicos, na atividade de fomento, na intervenção direta do Estado na economia etc. A segunda é mais complexa e tem a ver com a possibilidade de substituição do ato administrativo unilateral pelo contrato, como manifestação da contratualidade administrativa. As dúvidas

⁶⁴² Na oportuna observação de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO: “o entusiasmo pela privatização (entendida no sentido de busca pelo regime jurídico de direito privado para a Administração Pública), não pode chegar ao ponto de tornar letra morta o princípio da legalidade, porque sem este não se pode falar em Estado de Direito”. **Parcerias na Administração Pública – Concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 7ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 294.

colocadas situam-se no plano da existência e dos limites de uma eventual *capacidade contratual da Administração Pública* para manejar instrumentos contratuais mesmo sem prévia e expressa autorização legislativa, e parecem sintetizar os temas centrais das objeções geralmente apontadas por aqueles que são contrários a esta prática.

O tema remonta ao célebre princípio da legalidade estrita, segundo o qual a Administração só pode fazer o que a lei expressamente lhe autoriza⁶⁴³. É dizer, o princípio da legalidade, em sua construção original, traduz a proteção ao indivíduo a partir da máxima de que a única instância de vinculação heterônoma do indivíduo há de ser a lei. Sem a sua concordância, ele [o indivíduo] não pode ser vinculado àquilo que não está previamente determinado pela lei, pois quem pode obrigar forçosamente alguém a fazer ou deixar de fazer algo é apenas quem detém, no Estado Democrático de Direito, o monopólio da força legítima, que é o Estado, limitado pelos contornos ditados pela lei editada pelo Parlamento.

Assim surge toda a instrumentalização do agir administrativo: o ato administrativo, a vinculação e a discricionariedade, o poder regulamentar, os contratos etc. Todos eles têm que ter um fundamento na lei, que delimita o campo de atuação, um campo de sacrifício dos direitos dos indivíduos, porque senão ela estará constrengendo os direitos, as liberdades sem a previsão em lei. Com este sentido, pode ocorrer que a lei resolva exaurir a margem de liberdade do administrador, esgotando a margem de opção instrumental da Administração (atos vinculados), ou pode ocorrer – como na maioria dos casos – de a lei traçar os objetivos e definir quem é o órgão ou agente competente para fazê-lo, conferindo certa margem de liberdade ao administrador (discricionariedade).

Tal interpretação do princípio da legalidade é baseada no princípio da *reserva de Lei*, segundo o qual exige-se que a prática de um ato pela Administração corresponda à sua previsão em lei vigente. Porém, como anota SÉRVULO CORREIA, o princípio da legalidade administrativa “*pode significar (...) que os actos da Administração não devem contrariar as normas legais que se lhes aplicam (princípio da precedência de lei, ou da preferência de lei, ou*

⁶⁴³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 102.

da compatibilidade, ou, ainda, da não-contradição”⁶⁴⁴. Sem pretender retomar toda a discussão em torno do alargamento do princípio da legalidade, lembre-se apenas que a concepção contemporânea desse princípio elevou a vinculação administrativa não apenas à lei em sentido estrito mas também ao Direito, aumentando a margem de vinculação ao mesmo tempo em que reduz a margem de discricionariedade⁶⁴⁵. Inverte-se, desse modo, a lógica da vinculação positiva à lei pela lógica da vinculação negativa, segundo a qual a Administração pode fazer tudo o que não estiver expressamente vedado pela Lei, desde que a sua ação esteja aderente aos princípios constitucionais que norteiam a sua atividade (igualdade, proporcionalidade, razoabilidade) e à finalidade pública extraída da norma a ser buscada em cada caso concreto.

A partir desta visão renovada do princípio da legalidade é possível analisar a problemática em torno da necessidade de prévia autorização legislativa para a Administração manejar instrumentos contratuais sob uma nova perspectiva, pois, inexistindo expressa determinação para a Administração agir de um ou de outro modo (o que obrigaria a prática de ato ou vedaria a celebração de contratos, por exemplo), não haveria óbice para que a Administração se valesse do contrato como meio juridicamente eficaz de atingimento dos objetivos visados pela norma. Adotando-se tal extensão do princípio da legalidade como premissa, é possível agora enfrentar as duas vertentes da problemática em torno da capacidade contratual da Administração acima destacadas. Enfim, pode a Administração celebrar contratos atípicos? E mais, pode a Administração celebrar contratos como alternativa a atos unilaterais?

Parece-nos que a resposta deva ser afirmativa para ambas as situações. Primeiro, com relação aos contratos atípicos, sustentar a ideia de que vigora o princípio da tipicidade dos negócios jurídicos administrativos não parece consentânea com o Direito Administrativo

⁶⁴⁴ SÉRVULO CORREIA, José Manuel. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coleção teses. Coimbra: Almedina, 2003, p. 18.

⁶⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Da constitucionalização do Direito Administrativo: Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, e RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 175-196. A respeito da relação entre vinculação e discricionariedade na perspectiva contemporânea do Direito, confira-se a pertinente observação de Gustavo BINENBOJM: “A emergência da noção de juridicidade administrativa, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. A discricionariedade não é, destarte, nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional. Ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, maior ou menor grau de controlabilidade judicial dos seus atos”. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 39.

hodierno, até porque, como amplamente demonstrado no capítulo III, o legislador não seria capaz de prever todas as possibilidades de relações contratuais que podem ser realizadas pela Administração Pública no complexo mundo contemporâneo. Em que pese a quantidade cada vez maior de leis e normas administrativas prevendo mecanismos de consenso na atividade administrativa, o fato é que a evolução dos fatos se dá num ritmo muito mais acelerado do que o legislador é capaz de acompanhar, havendo a necessidade, por vezes, de utilização de técnicas ou instrumentos contratuais ainda não pensados ou disciplinados no Direito positivo.

Por isso não seria possível sustentar que a Administração só pode celebrar contratos disciplinados previamente em lei formal, pois a *“dinâmica dos interesses públicos e a sofisticação das necessidades coletivas têm feito com que o Poder Público aumente sua atuação contratual em abrangência e intensidade. Abrangência porque está hoje presente em áreas antes impensáveis; e intensidade porquanto o nível dessa atuação contratual tem crescido vertiginosamente (...)”*⁶⁴⁶. Dessa forma, muitas vezes a Administração, para atender aos imperativos de satisfação dos interesses públicos e desempenho eficiente de suas funções, tem que socorrer-se de fórmulas contratuais provenientes do Direito privado, ou ainda da conjugação de diferentes espécies contratuais para a formação de um instrumento novo, melhor adaptado às necessidades do caso concreto.

Na verdade, nada há de ilegal nesta conduta, desde que a Administração continue sempre visando ao atendimento do fim de interesse público e não adote práticas contratuais que impliquem em descumprimento direto ou indireto da lei (caso de utilização de contrato privado quando existe contrato público previsto em lei para a mesma situação, por exemplo). Sempre que motivadamente necessário, não seria razoável pressupor que a atividade contratual da Administração estaria limitada aos instrumentos previamente definidos pela legislação quando evidentemente o provimento dos direitos fundamentais seria mais bem realizado através de arranjos contratuais inovadores, a partir de técnicas contratuais mais flexíveis, adaptáveis às circunstâncias do caso concreto. Nesse sentido, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO defende há mais de duas décadas a possibilidade de realização de negócios jurídicos sem que a moldura contratual conte com expressa previsão no ordenamento:

⁶⁴⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini. **Locação de ativos**. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, mar./ago. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 27 set. 2013.

“Não há óbice constitucional algum a que o Poder Público, em regime de livre iniciativa, como é o nosso, se relacione com particulares empreendedores e acerte as fórmulas jurídicas idôneas para obter-lhes a colaboração mediante contrapartida econômica conveniente de parte a parte. Resta ver, pois, quais as trilhas de direito existentes e quais as exigências que o sistema normativo imporia para efetivas operações negociais deste gênero, já que inexistente entre nós uma legislação adrede armada ao propósito de regular vínculos com a compostura aludida. (...) Ou seja, não os prefigurou nomeadamente enquanto instrumentos prestantes para tal fim, os quais, então, alojar-se-iam genericamente sob a rubrica de contratos administrativos, sem particularização das formas peculiares que porventura poderão existir”⁶⁴⁷.

De fato, nota-se que a atual Lei Geral de Contratações Públicas (Lei nº 8.666/93) não trouxe um rol taxativo das figuras contratuais que poderiam ser utilizadas pela Administração Pública, limitando-se a autorizar a celebração de contratações, o que confere legitimidade para entender-se possível a celebração de contratações atípicas no âmbito do Direito administrativo brasileiro, tanto para a prática de contratos inexistentes – porém não vedados – em termos de Direito positivo, quanto para a conjugação de contratos típicos. O ordenamento jurídico brasileiro admite a contratualização administrativa em geral, a exemplo da lei de contratos, da previsão de contrato administrativo na Constituição Federal (Art. 37, XXI), das inúmeras leis específicas sobre determinadas espécies de contratos, e ainda dos contratos praticados constantemente sem qualquer previsão legal, como os contratos de concessão de bens públicos ou os convênios de cooperação, sobre os quais inexistem leis específicas estabelecendo regimes especiais e nem por isso podem ser simplesmente ignorados.

Ademais, a satisfação do interesse público através da via contratual não pode ficar limitada ao princípio da estrita legalidade segundo a sua concepção liberal (reserva de lei), pois tal vinculação resultaria na impossibilidade do Estado cumprir com as suas múltiplas e diversificadas tarefas, em clara violação aos deveres e finalidades estatais na busca pela concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos e em nítido desrespeito ao princípio da eficiência administrativa. Trata-se da interpretação do princípio da legalidade aplicado aos contratos mais aderente aos postulados da “Administração-prestadora”, em contraposição à sua

⁶⁴⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Obra pública a custo zero: instrumentos jurídicos para realização de obras públicas a custo financeiro zero**. Revista Trimestral de Direito Público – RTDP, São Paulo, n. 3, p. 32-41, mar. 1993, p. 34.

concepção original formulada em vista da “Administração-agressiva”⁶⁴⁸. Acerca dos contratos atípicos ou conjugados, Marçal JUSTEN FILHO tece esclarecedoras ponderações:

"A liberdade contratual e as necessidades estatais podem conduzir, muitas vezes, ao surgimento de contratações atípicas. O interesse das partes nem sempre pode ser satisfeito apenas e exclusivamente através de modelos jurídicos até então conhecidos. A vida real impõe a necessidade de inovação. O elenco dos instrumentos jurídicos não pode ser cristalizado e reduzido apenas àquilo que foi utilizado no passado e nada impede a criação de novos tipos contratuais. Surgem contratos atípicos ou inominados. (...) Mas também se admite a conjugação de contratos já conhecidos, de modo a que a complexidade dos interesses envolvidos seja atendida através de uma multiplicidade de contratações. (...) Ainda reconhecendo que o princípio da legalidade apresenta configurações distintas no âmbito da Administração, disso não se segue que os modelos de contratação pública tenham de ser previamente definidos em lei. A lei concede autorização para o Estado contratar, mas não fornece parâmetros exaustivos dos modelos de contratação”⁶⁴⁹.

Obviamente que a celebração de ajustes dessa natureza não afastará a incidência das regras publicistas e, supletivamente, dos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de Direito privado. Mas será inegável a capacidade contratual da Administração Pública para celebrar o ajuste, bastando para tanto que a celebração do contrato se constitua

⁶⁴⁸ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema**. Madri: Marcial Pons/Instituto Nacional de Administración Pública, 2003, p. 75. Lembre-se que a noção de reserva de lei, de fazer só o que a lei determina, tem embasamento na concepção liberal de Estado, como “freio” às ações do Estado que pudessem interferir nas liberdades individuais. No campo da atividade contratual, contudo, a lógica da legalidade não pode ser aplicada com o mesmo sentido, pois não se trata de interferir ou limitar a atividade dos privados, e sim prestigiá-la e ampliá-la. Maria João ESTORNINHO bem identifica esta distinção: “o sistema da reserva de lei foi, sem dúvida, concebido a pensar na Administração autoritária, ‘que facilmente se confunde com a Administração de ataque’ (ROGÉRIO SOARES). Agora, pelo contrário, na administração prestadora, está em causa a atribuição de vantagens aos particulares. (...) Neste sentido se pronunciou WOLFF, defendendo que o princípio da legalidade, na sua formulação moderna, só se aplicaria à administração agressiva. Em relação à administração de prestação, pelo contrário, o princípio da legalidade aplicar-se-ia na sua formulação tradicional, meramente negativa”. ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o direito privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública**. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2009, p. 178-179.

⁶⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 15ª ed., Ed. Dialética, 2012, p. 808-809. Semelhante posicionamento é perfilhado por Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, para quem: “Não há, pois, como reputar contrário ao direito formatar pactos administrativos que tragam uma solução de problemas complexos, como soem ser os de infra-estrutura e de prestação de serviços públicos de porte. Como se pôs exordialmente, a lei jamais poderá identificar com precisão todas as formas em que essa conciliação pactual de tão distintas finalidades e interesses – públicos e privados, individuais e coletivos, coletivos e difusos, patrimoniais e não patrimoniais – sirva à execução de políticas públicas voltadas ao efetivo cumprimento do dever constitucional fundamental de promover o desenvolvimento. (...) a aparente atipicidade, criticada pelos positivistas saudosistas, na verdade representa o acolhimento das mais modernas e exitosas orientações da ciência do Direito Administrativo...”. **Políticas Públicas e Parcerias: Juridicidade, Flexibilidade Negocial e Tipicidade na Administração Consensual**. BLC – Boletim de Licitações e Contratos, Ano XXI, nº 1 – Janeiro/2008, p. 40-42.

como a alternativa mais eficiente para o atingimento do interesse público subjacente à contratação e atenda plenamente à finalidade objetivada pelo ente público contratante. Na feliz locução de José Manuel SÉRVULO CORREIA: “(...) *a autonomia pública constitui ainda um meio peculiar de aplicação de normas jurídicas dotadas de abertura e, portanto, conhece sempre uma margem de vinculação quanto aos pressupostos e aos efeitos de direito e é vinculada quanto ao fim e, também, na determinação do conteúdo, por princípios gerais como os da imparcialidade e da proporcionalidade*”⁶⁵⁰.

Desde que atendidos os imperativos do princípio da legalidade (na sua vertente abrangente ou “não estrita”), e desde que a escolha pela via contratual se apresente como solução mais eficaz para a satisfação do interesse público prevalecente em dada situação concreta (finalidade) – sem descuidar o atendimento das normas de autorização da despesa pública⁶⁵¹ –, o mecanismo consensual não pode restar inviabilizado pelo mero fato de inexistir prévia conformação normativa do instrumento contratual que se pretenda celebrar. A capacidade contratual da Administração para celebrar contratos atípicos passa a ser, portanto, na perspectiva da Administração-consensual, um dos vetores da teoria geral dos contratos administrativos.

⁶⁵⁰ SÉRVULO CORREIA, José Manuel. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coleção teses. Coimbra: Almedina, 2003, p. 562-563 e 778. A propósito do Direito português, o autor é enfático ao concluir pela desnecessidade de prévia lei autorizativa para a celebração de contratos, bastando para tanto a plena observância da finalidade prescrita pela norma. De tão esclarecedoras, merecem ser reproduzidas as palavras do autor: “*Mas aquele fim superior vigora como princípio geral e nem ele nem os fins de interesse público que constituem as atribuições são incorporados em normas que, através da enunciação de pressupostos, apontem as situações concretas nas quais careçam de satisfação. Desde que se mantenha no âmbito das suas atribuições e que ligue a decisão de contratar sobre determinado objeto, como meio, à prossecução de uma ou várias dessas atribuições, como fins a atingir pela via contratual, escolhidos à luz da necessidade de dar a utilização mais racional aos meios disponíveis, a Administração pode fazê-lo sem necessidade de se conformar com qualquer outra predeterminação contida no momento legislativo. A lei não remete para conjunturas típicas da existência real que constituam indicativo da presença do interesse público que a Administração deva servir através do contrato atípico. (...) a Administração tem apenas que não contrariar o Ordenamento vigente e que se conformar com o fim último da racionalização de meios a utilizar na escolha que lhe incumbe da atribuição ou das atribuições a prosseguir especialmente através do contrato*” (p. 635).

⁶⁵¹ A ressalva é feita por Maria João ESTORNINHO, para quem importa “*não esquecer que essas tarefas da administração de prestação implicam necessariamente a utilização de dinheiros públicos, saídos do orçamento do Estado, os quais pressupõem a existência de receitas públicas. (...) Isto explica que, para que a Administração Pública possa actuar e fazer despesas, seja necessário que tal lhe seja permitido, não só por uma lei administrativa, mas também por uma lei financeira*”. **A Fuga para o direito privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública**. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2009, p. 181. No Brasil, tal requisito seria preenchido com a previsão do objeto do contrato nas leis orçamentárias do ente que contrata (Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual).

Mas se a questão se apresenta relativamente pacífica no que toca aos contratos atípicos na atividade de provimento de bens e serviços, o tema da reserva de lei se coloca entre nós com mais complexidade diante de contratos substitutivos ou integrativos de atos unilaterais, ou melhor, no exercício de poderes públicos em que a Administração atua, tradicionalmente, pela via de atos administrativos unilaterais ou “não-consensuais”. Como já tivemos a oportunidade de adiantar, não são incomuns questionamentos envolvendo suposta afronta aos princípios da Administração Pública na substituição do ato unilateral pelo contrato, em especial em face dos princípios da legalidade, da igualdade, da imparcialidade, da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. Segundo Juliana Bonacorsi de PALMA:

“Por se tratar de um tema incipiente no Direito Administrativo brasileiro, a consensualidade suscita diversas pautas de reflexão, como o critério de eficiência para celebração de acordos administrativos, o grau de vinculação dos acordos à juridicidade, a formalização e tipicidade dos acordos, dentre outros. No caso brasileiro, porém, a principal pauta de debates acerca da viabilidade jurídica de a Administração Pública celebrar acordos administrativos em detrimento da atuação administrativa típica corresponde à compatibilidade da consensualidade com os princípios da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público sobre o privado”⁶⁵².

Em geral, colocam-se dúvidas e objeções quanto (i) a natureza jurídica desses ajustes (o que procuramos elucidar no tópico 4.1.1); (ii) a sua capacidade de criar obrigações para as partes; (iii) a possibilidade de a Administração Pública transacionar sobre o exercício de poderes públicos, em vista do risco de “alienação de poderes” (indisponibilidade do interesse público); e, principalmente, (iv) a possibilidade da Administração celebrar acordos sem prévia e expressa autorização legislativa⁶⁵³. Além disso, são apontados riscos quanto à admissibilidade de contratos substitutivos de atos unilaterais em vista do perigo de barganha de poderes administrativos⁶⁵⁴, hipótese em que a Administração poderia utilizar o expediente para

⁶⁵² PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2010, p. 136.

⁶⁵³ Para uma visão mais completa dos riscos apontados no Direito brasileiro, ver Onofre Alves BATISTA JÚNIOR. **Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma Administração Pública mais democrática**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. Ver também o nosso GAROFANO, Rafael Roque; e VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia. **Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI) e de Propostas Não Solicitadas (PNS): os riscos e os desafios da contratação na sequência de cooperação da iniciativa privada**. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 183-211, jul./dez. 2012.

⁶⁵⁴ KIRKBY, Mark Bobela-Mota. **Contratos sobre o exercício de poderes públicos: o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral**. Coimbra Editora, 2011, p. 55.

chantagear ou coagir o particular exigindo contraprestações desproporcionais ou desarrazoadas em vistas dos propósitos visados com o acordo, especialmente em vista da posição de fragilidade que o particular se encontra nessas situações (pois, caso não concorde em celebrar o acordo, a Administração continua credora da prerrogativa de impor o cumprimento do ato unilateral).

Porém, em que pese as legítimas preocupações e a pertinência dos riscos apontados, o fato é que não há na ordem jurídica uma vedação para que a Administração celebre contratos substitutivos ou integrativos de atos unilaterais. Embora no Brasil, como vimos, não exista permissivo genérico, há uma série de dispositivos específicos que legitimam o uso desses instrumentos. Além disso, a emergência da consensualidade e o amplo reconhecimento do Estado brasileiro como Estado-consensual (tanto pela doutrina quanto pelos textos normativos) oferecem fundamento para se considerar a conduta consensual como forma desejável e recomendada de agir para a Administração pública brasileira⁶⁵⁵, não sem a necessidade – inerente a qualquer ação administrativa – de adoção de cautelas procedimentais necessárias à garantia dos princípios da Administração Pública.

Se é verdade que diante de um ato vinculado a Administração continua adstrita ao princípio da legalidade estrita (posto que se a norma ditou o comando a ser adotado pela Administração, não poderia ela descumprir a ordem legal)⁶⁵⁶, no exercício da discricionariedade administrativa parece absolutamente possível que a Administração adote um

⁶⁵⁵ Este é o entendimento de Onofre Alves BATISTA JÚNIOR, para quem: “*O Direito Administrativo brasileiro, embora não tenha, com caráter geral, incorporado expressamente a figura contratual à disciplina do procedimento administrativo como alternativa ao ato administrativo ou como fórmula finalizadora de litígios entre a Administração e administrado, traça linhas para a formatação de uma administração pública consensual mais democrática, reconhecendo, implicitamente, a possibilidade de celebração de contratos administrativos (alternativos), pelo menos como alternativa ao ato administrativo, quando as normas de competência não impuserem a forma de ato administrativo para a produção dos efeitos de direito. (...) O ordenamento jurídico brasileiro não determina que a Administração deva exercer seus poderes apenas de forma imperativa e unilateral, mas, ao contrário, prestigia a participação do administrado e as soluções concertadas*”. **Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma Administração Pública mais democrática.** São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 360-361.

⁶⁵⁶ Sobre a questão, Alexandre Santos de ARAGÃO pondera: “*A adoção de meio diverso do formalmente previsto em lei só pode ser levada a cabo quando o juízo de que atende melhor aos objetivos legais se encontrar em uma zona de certeza positiva, ou seja, se estiver fora de dúvidas que o meio não previsto expressamente em lei atende melhor aos seus objetivos. Se houver juízos razoáveis (mesmo que não unânimes) de que o meio previsto na lei poderia ser igualmente eficiente do ponto de vista do atendimento aos interesses alvejados, ela deverá ser prestigiada*”. **A Consensualidade no Direito Administrativo: Acordos Regulatórios e Contratos Administrativos.** Boletim de Licitações e Contratos (BLC), ano XIX, n. 9, set. 2006, p 833.

instrumento convencional para concretizar a sua ação ou o exercício da sua competência, sem que se alegue eventual ausência de fundamento legal para tanto. Afinal, não há nada na ordem jurídica que obrigue que o comando normativo seja cumprido sem a participação e a negociação com os destinatários. Não há nada que vede o exercício da autoridade seja feito de forma consensual, com a participação dos interessados e sopesamento dos interesses e das soluções visando ao atingimento dos objetivos da norma.

Inexiste, *a priori*, uma relação necessária entre o cumprimento das funções administrativas e a concreção dessas funções por meio do manejo da autoridade. Embora às vezes o uso da autoridade seja necessário, não é correto afirmar que em todas as situações a autoridade seja crucial, pois se o Estado pode agir dentro da Lei e do Direito, o atendimento ao princípio da legalidade assim entendido não implica dizer que a Administração só pode atuar mediante a previsão legal específica em cada situação. Já vimos que não é verdade que a Administração atua sempre a partir de preceitos legais precisos, mas sim por comandos legais que tracem os objetivos e as finalidades a serem atingidos, sendo justamente nesta perspectiva que tem lugar a opção entre o ato e a adoção de alternativas contratuais.

Nesses casos – de celebração de contratos no lugar de atos administrativos – a Administração Pública continuará tendo como pressuposto de sua atividade a plena observância da Lei e a atuação dentro de seus limites e finalidades, mas no módulo contratual, ao invés de conferir discricionariedade, a lei confere uma margem de possibilidades com vistas ao atingimento das finalidades públicas. Assim é possível se falar na possibilidade do contrato como manejo de um instrumento para vinculação do indivíduo, vinculação esta de natureza bilateral e mais horizontal, na medida em que o particular participa da formação da atuação administrativa mediante o seu consentimento.

Além disso, a busca por soluções mais aderentes às finalidades da norma através do consenso geralmente atinge de maneira mais adequada e mais eficiente os objetivos visados pela norma se comparadas ao mero exercício da discricionariedade através do ato⁶⁵⁷. Ao

⁶⁵⁷ Para uma comprovação, em números, da eficiência dos mecanismos consensuais no processo administrativo sancionador, ver PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2010; e FERRAZ, Luciano. **Controle consensual da administração pública e suspensão do processo**

privilegiar o consenso, a atuação consensual resulta na eficiência administrativa, reduzindo a litigiosidade, pois o particular que consensualmente participa da formação do conteúdo do ato tem naturalmente mais propensão a cumpri-lo espontaneamente, sem questionar a sua validade perante o Judiciário (exceto, é claro, em casos de vícios de consentimento do acordo celebrado). Nesta medida pode-se falar até mesmo em **preferência**⁶⁵⁸ do instrumento contratual ao ato unilateral, pois se o contrato só faz sentido de ser usado na medida em que contribua para a eficiência do agir administrativo, verificada e justificada a sua adoção por este motivo a Administração deve preferi-lo à prática do ato unilateral, sob pena de afronta ao princípio da eficiência administrativa previsto no *caput* do Art. 37 da Constituição Federal.

Lembre-se que o debate em torno da necessidade de precedência de Lei para celebração de acordos administrativos substitutivos de sanção foi travado no Brasil no âmbito de autoridades reguladoras autônomas, que criaram uma disciplina própria para exercer a atividade fiscalizatória e sancionatória em face dos regulados submetidos à sua alçada através de atos normativos específicos que preveem a possibilidade de substituição da sanção por termos de compromisso assinados junto aos regulados, muitas vezes sem previsão expressa de sua possibilidade na Lei instituidora da Agência. A doutrina, ao analisar este tema diante da ausência de regulamento permissivo, concluiu que é da Agência “*a competência normativa para dizer se, e em que condições, um acordo substitutivo é uma causa excludente da*

administrativo disciplinar (SUSPAD) - A experiência do município de Belo Horizonte. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 9, n. 44, jul./ago. 2007.

⁶⁵⁸ KIRKBY, Mark Bobela-Mota. **Contratos sobre o exercício de poderes públicos: o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral.** Coimbra Editora, 2011, p. 301-305. Embora o autor sustente que, no ordenamento português, a opção de formas de atuação da Administração deve ser enquadrada no campo da discricionariedade, entende haver sempre a necessidade de fundamentar a escolha de um ou de outro instrumento (ato ou contrato). Reconhece, porém, a existência de doutrinas que defendem a vigência de um verdadeiro **princípio de subsidiariedade** do ato administrativo em relação ao contrato, a exemplo do italiano Stefano CIVITARESE, para quem “*o alcance de tal interesse pretensivo não se limita a fazer surgir para a Administração um dever genérico de considerar a hipótese de uma solução acordada, antes se manifesta numa obrigação positiva de justificar pontualmente as razões pelas quais não foi possível chegar a acordo*”, pois “*o ato unilateral constitui atualmente a extrema ratio*”. **Contributo allo studio del principio contrattuale nell’attività amministrativa.** G. Giappichelli Editore: Turin, 1997, p. 183. O português Paulo OTERO também é lembrado pelo autor, segundo o qual a tese defensora da preferência legal pela utilização do contrato administrativo em detrimento do ato unilateral encontra fundamento nos princípios constitucionais do aprofundamento da democracia participativa, da coexistência entre o setor público e o setor privado de propriedade dos meios de produção e da participação dos administrados nas decisões e deliberações administrativas. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública – o sentido da vinculação administrativa à juridicidade.** Coimbra: Almedina, 2003, p. 838.

aplicação ou execução de sanções”⁶⁵⁹. Ou seja, no silêncio da lei, a faculdade sancionatória da Agência permitiria a obtenção da defesa de interesses públicos por outros meios que não os sancionatórios, sendo possível a adoção de mecanismos alternativos como a celebração de termos de ajustamento de condutas e similares. Tanto é assim que, no âmbito das Agências, a possibilidade de celebração de acordos administrativos não raro vem prevista em atos normativos expedidos pela própria autoridade independente, sem que se cogite por isso qualquer afronta ao princípio da legalidade (ver tópico 3.7.2.2.3).

Porém, mesmo diante das potenciais vantagens, as objeções à utilização do contrato como alternativa à expedição de atos unilaterais ainda se colocam em vista dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público – enquanto princípios implícitos do Direito Administrativo brasileiro⁶⁶⁰ –, que impediriam a Administração de celebrar contratos sobre o exercício de poderes públicos, pois nesses casos estaria renunciando ao interesse público tutelado pela norma. Por exemplo, se o agente público tem em seu comando legal a faculdade de aplicar uma sanção, e tem inclusive margem de discricionariedade para dosar a sanção ou para entender que aquela conduta não é passível de sanção, ele estaria impedido de negociar com o destinatário da sanção qualquer alternativa de diminuir ou substituir a sanção prevista no ordenamento, ainda que a “pena alternativa” produza o efeito esperado pela norma de reparar a conduta e dissuadir o infrator a não praticar novamente a conduta contrária à lei. Nesses casos, diante dos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público, estaria o Poder Público impedido de celebrar ajustes negociais com os destinatários do ato⁶⁶¹.

No entanto, nem mesmo a invocação dos ditos princípios “estruturantes” da supremacia e da indisponibilidade do interesse público seriam capazes de inviabilizar a atuação administrativa consensual. Em primeiro lugar, já afirmamos que as transformações das bases do

⁶⁵⁹ A conclusão é feita especificamente em relação ao setor de telecomunicações. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. **Acordos substitutivos nas sanções regulatórias**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 16 set. 2013.

⁶⁶⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 93.

⁶⁶¹ Ver, nesse sentido, com atenção ao princípio da indisponibilidade do interesse público: TOURINHO, Rita. **O ato de improbidade administrativa de pequeno potencial ofensivo e o compromisso de ajustamento**. In: Fórum administrativo. vol. 30. Belo Horizonte: Fórum. Ago. 2003; e SOUZA, Carlos Alberto Sobral de. **Da transação e da indisponibilidade do interesse público**. In: Fórum administrativo. vol. 8. Belo Horizonte: Fórum, out. 2001.

Direito Administrativo impedem hoje a afirmação da existência implícita e absoluta de um princípio da *supremacia* do interesse público, fazendo mais sentido se falar em princípio da prevalência ou da ponderação de interesses públicos diante de cada situação concreta (ver tópico 2.1.2). Tal relativização da supremacia em vista das finalidades visadas pela Administração em cada circunstância permite sustentar que, em determinadas situações, o interesse público a prevalecer diante do juízo de ponderação pode não ser aquele que resultaria da prática do ato unilateral, e sim do acordo consensual a ser estabelecido com o destinatário por meio do qual este se obrigue a interromper a prática de um ato lesivo ao interesse público, p. ex., ou a praticar uma determinada conduta de reparação. Não parece razoável, por isso, pretender-se invocar dito princípio como óbice à celebração de contratos como alternativa à prática de atos unilaterais, pois o próprio contrato pode representar o interesse público prevalecente em uma dada situação.

Do mesmo modo ocorre com o princípio da indisponibilidade do interesse público. Mesmo sem negar vigência a dito princípio⁶⁶², fica claro que a celebração de contratos sobre o exercício de poderes públicos não implica, de modo automático e independentemente de qualquer avaliação quanto ao conteúdo e à finalidade do contrato, dispor do interesse público no sentido de deixar de persegui-lo. Trata-se justamente do contrário, pois, através do acordo consensual, muitas vezes o interesse público tutelado pelo Direito é mais bem atingido mediante a prática de acordos consensuais do que através da expedição de atos unilaterais e imperativos pela Administração. Significa dizer que os contratos alternativos a atos unilaterais são, no mais das vezes, o instrumento mais adequado para a satisfação do interesse público objetivado, correspondendo à própria expressão do interesse público⁶⁶³. Na feliz expressão de

⁶⁶² Assim como ocorre hoje com o princípio da supremacia do interesse público, a existência do princípio da indisponibilidade como princípio implícito no ordenamento jurídico brasileiro passa a ser questionada diante da inexistência de sua previsão nos textos normativos ou na própria Constituição, bem como diante da imprecisão da própria noção de interesse público, que dificulta saber o que efetivamente não é disponível. A tendência é reconhecer-se uma disponibilidade limitada nos termos da lei e do Direito, afastando-se assim das interpretações demasiadamente restritivas e radicalizadoras do que deve ser entendido como “[in]disponibilidade”. Para uma visão renovada da indisponibilidade do interesse público no contexto contemporâneo, ver MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 165.

⁶⁶³ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2010, p. 159.

MOREIRA NETO: “*jamais se cogita de negociar o interesse público, mas, sim, de negociar os modos de atingi-lo com maior eficiência*”⁶⁶⁴.

O desafio maior prende-se em relação ao quanto desse interesse público pode-se dispor, ou melhor, qual a margem real de *consensualidade* por parte da Administração nestes ajustes sem ferir o princípio da indisponibilidade do interesse público. Isto porque a negociação consensual apresenta no mínimo dois desafios: primeiro de delimitação dos parâmetros negociais (presumidamente a Administração não tem uma margem de negociação absolutamente aberta, devendo haver sempre um parâmetro de negociação definido *a priori* e que balizará a atuação do negociador de parte da Administração Pública); e em segundo lugar é preciso saber até que ponto nesses quadrantes existe uma negociação ou existe na verdade uma internalização, para o ambiente supostamente negocial, das características unilaterais imperativas da administração que acabam tornando o contrato praticamente uma forma de coerção.

É certo que muitos outros desafios se apresentam igualmente relevantes quando a Administração opta – não sem ampla motivação – pela adoção da técnica contratual alternativamente à expedição de ato unilateral. Exemplo disso diz com o princípio da isonomia (Art. 37, *caput* da Constituição Federal), e consiste em saber se a celebração de um contrato nesses moldes com um particular confere, por si só, idêntico direito a terceiro que se encontre em situação semelhante perante a Administração, ficando nesse caso a Administração vinculada não à prática de ato unilateral, mas à celebração de contrato nos mesmos moldes e nas mesmas condições daquele anteriormente firmado⁶⁶⁵.

⁶⁶⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 35-53, out/dez. 2003, p. 52. Vale mencionar, ainda quanto à questão atinente ao princípio da indisponibilidade do interesse público, que o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de mitigar a aplicação do referido princípio sempre quando a decisão escolhida pela Administração demonstrar-se, no caso concreto, a opção mais adequada para a melhor satisfação desse mesmo interesse público. Ver, nesse sentido, RE 253.885/STF, Relatoria da Ministra Ellen Gracie.

⁶⁶⁵ Quanto à problemática em torno do princípio da isonomia, Alexandre Santos de ARAGÃO tece importante ressalva: “*O que não se deve admitir é que a Administração Pública dê tratamento diverso aos co-contratantes que estejam passando pela mesma situação ou se porte com má-fé nas negociações, tentando impor condições mediante verdadeiras chantagens*”. **A Consensualidade no Direito Administrativo: Acordos Regulatórios e Contratos Administrativos**. Boletim de Licitações e Contratos (BLC), set. 2006, a. XIX, n. 9, p. 840.

Porém, reconhecer a existência de desafios e limitações à atividade contratual como alternativa ao ato unilateral não parece constituir óbice para que a Administração conclua acordos consensuais na ausência de lei específica habilitante, sob o argumento de que tal atuação afrontaria o princípio da indisponibilidade do interesse público. Não porque, mesmo na ausência de expressa previsão, é sustentável a possibilidade da celebração desses acordos no Direito brasileiro, pois “*está implícita no poder de decidir unilateralmente e de ofício a opção por se decidir de modo consensual com o destinatário da decisão*”⁶⁶⁶. Ora, se à Administração é permitido agir de forma unilateral, no campo de sua discricionariedade, com maior razão ainda lhe deve ser autorizado agir mediante o consenso com o destinatário da decisão administrativa, de forma e melhor cumprir com os objetivos da atividade e diminuir a conflitividade de suas ações⁶⁶⁷. A conclusão é extraída a partir da emergência da Administração-consensual, que subverte a lógica do ato unilateral e imperativo pela lógica do contrato, como forma de atuar mais aderente aos postulados da democracia participativa e ao princípio da eficiência.

Se é verdade que toda ação estatal visa a atingir uma determinada finalidade prescrita explícita ou implicitamente pela norma, compete à Administração julgar qual instrumento de ação (unilateral ou consensual) apresenta-se em cada caso mais adequado e potencialmente mais eficiente para lograr atingir os fins pretendidos⁶⁶⁸. Trata-se, afinal, de escolher os meios

⁶⁶⁶ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2010, p. 298. No mesmo sentido posiciona-se Onofre Alves BATISTA JUNIOR: “*Se a Administração, em reverência ao princípio da eficiência administrativa, pode bem cumprir seus fins sem se valer, imperativamente, da prerrogativa de impor condutas aos administrados, por certo deve poder atuar, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, da forma menos invasiva à esfera de liberdade dos indivíduos. Ademais, a legalidade não fica mais bem atendida quando a Administração atua imperativamente do que quando se vale de contratos administrativos alternativos*”. **Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma Administração Pública mais democrática**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 360-361.

⁶⁶⁷ Nesse sentido, ver MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro**. São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Do contrato administrativo à administração contratual**, in Revista do Advogado, volume 107, São Paulo: AASP, dezembro de 2009.

⁶⁶⁸ É claro que, nesses casos, como bem aponta Mark Bobela-Mota KIRKBY, a Administração deverá “*garantir que o recurso à via contratual por parte da Administração não implique que esta possa escapar às vinculações jurídico-públicas que sobre ela impendem quando actua através de actos administrativos e, bem assim, que a posição jurídica subjectiva do particular não resulte degradada pelo recurso à figura do contrato, por relação àquela que o ordenamento lhe garante quando a Administração actua por via unilateral*”. **Contratos sobre o**

para melhor satisfazer o interesse público, nunca de abrir mão (dispor) do interesse público em si mesmo considerado em vista de interesses particularísticos da própria Administração ou daquele que com ela consente no âmbito do instrumento contratual substitutivo do ato.

Ao assim se reconhecer, porém, duas novas questões se colocam. Primeiro a de saber se ao optar pela via contratual a Administração renuncia à prerrogativa de agir unilateralmente. A segunda, a de saber se uma vez celebrado o acordo, pode a Administração descumpri-lo ou alterá-lo como de resto pode fazê-lo em qualquer contrato administrativo segundo a teoria clássica recepcionada pela Lei nº 8.666/93. Trata-se de duas faces da mesma indagação: quanto, enfim, a Administração se vincula ao disposto no contrato substitutivo de ato unilateral?⁶⁶⁹

Apesar da baixa deferência à vinculação contratual que o sistema normativo brasileiro confere em matéria de contratos administrativos típicos (já que a própria lei confere uma sujeição relativa ao cumprimento da Administração aos seus contratos, manifestada pelas cláusulas exorbitantes), no âmbito dos contratos substitutivos de atos unilaterais a questão deve ser colocada de modo substancialmente diferente. Isto porque não é possível avançar em matéria de consensualidade sem que a ordem jurídica confira um grau de vinculação da administração àquilo que foi legitimamente convencionado. Esta legitimação vai estar embasada em princípios relevantes como o da segurança jurídica e confiança legítima, pois não é lógico e muito menos razoável se negar a eficácia do pacto caso a administração simplesmente resolva revogá-lo, já que *“pela via contratual podem surgir verdadeiras regras gerais reguladoras ou disciplinadoras de situações jurídicas presentes ou futuras envolvendo a Administração Pública (...) permitindo sempre a criação de efeitos jurídicos não predeterminados ou determinados em termos não imperativos em anteriores normas jurídicas”*⁶⁷⁰.

exercício de poderes públicos: o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral. Coimbra Editora, 2011, p. 274.

⁶⁶⁹ Destaca Jacques CHEVALLIER: *“Essa penetração da lógica contratual no centro da esfera pública levanta diversos tipos de problemas: o da força jurídica de documentos cuja natureza contratual pode ser colocada em dúvida; o da compatibilidade dessa contratualização com a existência de uma ordem interior administrativa”*. **A governança e o direito**. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 129-146, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 17 set. 2013, p. 140.

⁶⁷⁰ A lição é de Paulo OTERO que, ao comentar o caráter vinculante das normas contratuais, asseverou: *“é precisamente no âmbito da autonomia de estipulação que os contratos da Administração Pública, regulando direta e imediatamente as relações entre esta e o respectivo co-contratante, se mostram também passíveis de*

Por isso é que, embora a via contratual não seja capaz de excluir o ato administrativo de modo absoluto, pois sempre continuará sob a Administração Pública a capacidade de impor o direito na situação concreta nos casos em que o consenso não é alcançado ou não seja considerado o meio mais eficaz para o atendimento do interesse público⁶⁷¹, uma vez celebrado o contrato em substituição ato unilateral não pode a Administração pretender imiscuir-se do cumprimento do acordo ou lançar mão da prática de ato unilateral para anular o conteúdo do ajuste consensualmente celebrado. Se o contrato é fonte de direitos e obrigações entre as partes – e assim é – admitir a incidência do regime de prerrogativas de ação unilateral quando o contrato foi celebrado exatamente para substituir a prática do ato unilateral comporta, ademais, uma contradição em si mesma⁶⁷².

integrar regras definidoras da organização, da gestão e utilização de um serviço público, incluindo a produção de efeitos face a terceiros, criando-lhes direitos através da imposição de deveres ao concessionário ou gestor do serviço público, falando-se aqui em contratos que forma a lei do serviço ou, em termos mais amplos, de acordos convencionais geradores de efeitos regulamentares ou contratos de efeitos regulamentares, traduzindo em qualquer dos casos, vínculos contratuais dotados de evidente natureza normativa. (...) Em qualquer destas situações existe um considerável domínio de autonomia de estipulação do conteúdo dos contratos da Administração Pública que, dentro dos limites da lei, se mostra passível de integrar o bloco de legalidade”.
Legalidade e Administração Pública – o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003, p. 522-525.

⁶⁷¹ A este respeito, confira-se a lição de Vasco Pereira DA SILVA: “(...) a participação no procedimento, num Estado democrático de Direito, não deve significar que as decisões tenham de ser sempre forçosamente consensuais ou (muito menos) compromissórias, ou que à Administração não continue a caber a responsabilidade última pela decisão tomada. Antes, deve significar que a Administração tem de fazer as suas escolhas, ponderando as posições dos privados e que deve procurar a sua colaboração no exercício da actividade administrativa. A participação no procedimento deve, pois, ter por limite a responsabilidade pelas decisões tomadas, e a legitimação resultante do procedimento deve acrescer – sem se substituir – à legitimidade constitucional da Administração”. DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. **Em busca do ato administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 403-404. No mesmo sentido, Pedro GONÇALVES salienta que “a utilização dos instrumentos de consenso e de concertação (de regulatory negotiation) entre a Administração e os particulares não substituem as formas de revelação da autoridade administrativa, limitando-se, mais modestamente, a desempenhar um papel ou função complementar do agir administrativo autoritário”. GONÇALVES, Pedro. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 274-275. Em outra obra, o autor português prossegue: “Agora, que a autonomia do direito administrativo parece ser um dado seguro, estão reunidas as condições para, sem grandes perturbações, o acto administrativo perder a posição (totalista) que tradicionalmente ocupa no sistema administrativo. Mas, sublinhe-se, isso apenas no sentido em que não é necessário ‘forçar’ a entrada naqueles conceito de relações jurídicas em que é manifesta a ausência de um momento autoritário, uma decisão unilateral da Administração. (...) ...é essa uma nota essencial para se resistir à tentação de construir um mundo virtual em que o tradicional paradigma da ‘Administração de acto administrativo’ e da regulação pública unilateral e vertical (top-down) já não existe, tendo sido substituído por um sistema de ‘Administração de consenso’ e de ‘governança partilhada’ em que as relações administrativas já não se estabelecem numa base hierárquica, mas sempre em sistemas descentralizados de negociação entre actores públicos e privados”. GONÇALVES, Pedro. **O Contrato Administrativo: uma instituição do direito administrativo do nosso tempo**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 24.

⁶⁷² Como bem observa Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA: “Sendo o objeto contratual estritamente um ato jurídico, não faz sentido logicamente cogitar-se de prerrogativas de ação auto-executória e unilateral da

Enfim, diante de todas as considerações precedentes, que reforçam e legitimam a atuação da Administração pela via contratual mesmo quando inexistente permissivo normativo expresso – sem que isso represente qualquer afronta ao ordenamento jurídico –, uma primeira conclusão parece relevante em termos de teoria geral que se pretenda aplicar aos contratos administrativos: *Inexistindo lei que proíba e atendida a finalidade pretendida pelo ordenamento, a Administração Pública brasileira goza, a priori, de ampla capacidade para atuar pela via contratual em qualquer campo da atividade estatal, independentemente de prévia conformação legislativa*, tanto no que diz respeito à possibilidade de celebração de contratos atípicos ou conjugados no provimento de utilidades públicas (bens e serviços), quanto no exercício de atividades de maior expressão da autoridade estatal, onde a celebração do contrato em substituição ao ato administrativo unilateral apresenta-se agora como forme privilegiada de melhor atendimento aos interesses públicos⁶⁷³.

Administração quanto a ele: a ação unilateral da Administração é simultaneamente o aniquilamento da convenção. Com efeito, nos casos de módulos convencionais substitutivos de decisão administrativa unilateral, por definição a Administração já possuía, anteriormente, um poder de ação unilateral. O sentido da convenção é justamente a substituição deste poder de ação unilateral. (...) Por tais razões, é impossível aplicar-se aos módulos convencionais substitutivos de decisão administrativa unilateral, um regime de prerrogativas de ação auto-executória unilateral da Administração quanto ao objeto contratual”. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro.** São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 365. Sobre a força vinculante do contrato como alternativa ao ato unilateral na Argentina, confira-se o entendimento de Oscar A. CUADROS: “*Si bien en el plano de análisis de la dogmática jurídica cualquier elección tiene viabilidad (según lo atestigua la confrontación entre los sistemas jurídicos anglosajones, favorables a la santidad del contrato, y continentales de raíz francesa, proclives al dirigismo público), en el marco de la alternativa “convencionalidad o poder administrativo” la opción a favor de la vida autónoma y descentralizada del contrato como fuente de legalidad específica es la única que posee afinidad con la categoría normativa contractual, asumiendo a tal institución según su declarado propósito de crear, modificar, transferir o extinguir relaciones patrimoniales mediante el sólo consentimiento de las partes involucradas en el acuerdo. Pretender, por el contrario, que aquello que contractualmente se convino pueda mutarse por voluntad unilateral de uno de los signatarios, el poder administrativo, confronta de modo evidente con la idea misma de legalidad convencional. En razón de lo expuesto, afirmar que la teoría del contrato es aplicable al Estado importará sostener que, cumplidos ciertos presupuestos de validez, el acuerdo celebrado entre el Estado y una empresa privada, en su condición de fuente de legalidad convencional, es inmune a la ley formal posterior, al reglamento y al acto administrativo, vale decir, a las decisiones normativas unilaterales del Estado. Se trata así de visualizar a la legalidad convencionalmente lograda como un modo singular de satisfacción del principio de legalidad al cual debe ceñirse el accionar del Estado. (...) es posible sostener que la apelación estatal a la forma contractual como vía de vinculación con un individuo o empresa privada importa para el Estado un modo diferente de sujeción al principio de legalidad. Así, en el ámbito contractual, satisfechas ciertas condiciones relativas a la forma en que el acuerdo debe suscribirse para resultar válido, el Estado honra el imperio de la ley ateniéndose estrictamente al ámbito de legalidad convencionalmente pactado, proyectando un horizonte de previsibilidad respecto de sus actos como modo de satisfacción del “interés público”.* **El Estado y la legalidad convencional.** Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 27 set. 2013.

⁶⁷³ Igual entendimento é perfilhado por Alexandre Santos de ARAGÃO: “*O nosso entendimento diante da controvérsia é de que não se pode olvidar que as leis não são as únicas fontes de direitos e obrigações. O*

5.2. Das prerrogativas implícitas para o regime de modulação legal ou convencional

O segundo vetor da reformulação teórica que se propugna – e o que consideramos o principal aspecto de transformação em relação à teoria clássica dos contratos administrativos – consiste na relativização do regime de prerrogativas de ação unilateral da Administração, cuja tendência foi anunciada no tópico 4.3 da Dissertação. Sem pretender retomar as razões que levaram ao reconhecimento dessa tendência, o objetivo agora será demonstrar como a doutrina tem procurado equacionar o postulado abrandamento do regime de exorbitância com a necessidade de satisfação das finalidades de interesse público subjacentes às contratações administrativas. A partir daí, bem como das considerações tecidas ao longo da presente Dissertação, procurar-se-á reunir os aspectos teóricos comuns a esta vertente de transformação com vistas a possibilitar uma nova conformação jurídica da teoria geral da exorbitância aplicável aos contratos administrativos.

Vimos que os principais motivos da tendência à relativização da exorbitância nos contratos administrativos decorrem do fato de que, no cenário da Administração-consensual, a contratualização da ação administrativa postula a troca do modo unilateral de ação administrativa – representado nos contratos pelas prerrogativas implícitas ou cláusulas exorbitantes – por fórmulas de ação bilaterais, que privilegiem a participação e o consenso com vistas a atingir os mesmos resultados com mais eficiência. Ao privilegiar o consenso, a

ordenamento jurídico deixa espaço livre de autonomia para os sujeitos jurídicos estabelecerem voluntariamente vínculos entre si, com obrigações oriundas, não da lei, mas do acordo de vontades. Ora, não parece adequado sustentar que esta faculdade negocial jus-genética deixe de existir tout court quando uma das partes for o Estado. Em primeiro lugar, como o acordo pressupõe a adesão voluntária do privado, não há invasão da esfera jurídica individual, que pressuporia lei; e em segundo lugar, em sendo assim, não há razão para se retirar do Estado o acordo de vontades como um instrumento que, a par da lei, também se presta à realização dos interesses públicos (...). O princípio da legalidade, mesmo em sua acepção mais rígida, foi elaborado para assegurar a esfera jurídica dos particulares diante de atos imperativos que gerem gravames, não para aqueles que beneficiem o particular ou que se ‘expressassem em convenções, nas quais o assentimento da outra parte também é idôneo para superar a eficácia do princípio’, até porque, lembremos, tanto a lei como o contrato podem ser fontes de direito”. A Consensualidade no Direito Administrativo: Acordos Regulatórios e Contratos Administrativos. Boletim de Licitações e Contratos (BLC), set. 2006, a. XIX, n. 9, p. 836. Pedro GONÇALVES, por sua vez, define como autonomia pública contratual – com o sentido que aqui procuramos imprimir à capacidade contratual da Administração – como: “a possibilidade genérica de qualquer entidade pública recorrer aos contratos administrativos para realizar as atribuições que estiverem a seu cargo, ainda que o efeito jurídico pretendido não esteja especificamente previsto em lei como podendo ter por fonte um contrato desta natureza...”. O Contrato Administrativo: uma instituição do direito administrativo do nosso tempo. Coimbra: Almedina, 2004, p. 36-37.

contratualização deslegitima o uso de prerrogativas implícitas como manifestação da supremacia da Administração em relação à sua contraparte no contrato, e reclama o uso ponderado de tais prerrogativas a depender das circunstâncias e dos objetivos de interesse público a serem buscados em cada caso (em cada contrato), objetivos esses que podem ser melhor atingidos através do diálogo e do acordo de vontades ao invés da imposição unilateral da vontade do administrador (tópico 2.2). A obra de Gustavo Justino de OLIVEIRA bem sintetiza esta transformação:

“Eis uma das principais consequências da intensificação das relações e do estreitamento dos laços entre Estado, empresas e organizações da sociedade civil no mundo contemporâneo. O caminho da negociação – e não o percurso da imposição – para a composição de eventuais dissensos entre as partes pressupõe o reconhecimento (ainda que relativizado pelo regime jurídico-administrativo) da autonomia das partes envolvidas. Com isso, a verticalização entre a Administração Pública e o particular nas relações contratualizadas é – em algumas hipóteses – fortemente atenuada ou, mesmo, afastada. **É que, em um cenário em que vigora a necessidade da realização de parcerias (...) não há como sustentar uma relação de total subordinação entre a Administração e as entidades parceiras**”⁶⁷⁴.

Por isso, um dos principais vetores de uma nova teoria geral dos contratos administrativos que se pretenda aplicar consiste na necessidade de maior flexibilidade em relação ao regime de prerrogativas exorbitantes da Administração, afastando-se das concepções generalizantes dos poderes estatais que procuram equiparar, em termos de regime jurídico, todos os contratos administrativos como se todos tivessem os mesmos propósitos e os mesmos objetos, desconsiderando o fato de que (i) o regime jurídico estatutário não é mais capaz de oferecer soluções eficientes e úteis ante a complexidade do fenômeno contratual da Administração, e (ii) que a presença de prerrogativas implícitas em todo e qualquer contrato administrativo muitas vezes provoca um resultado contrário ao desempenho eficiente da função administrativa.

⁶⁷⁴ OLIVEIRA, Gustavo Justino. **A arbitragem e as Parcerias Público-Privadas**. Revista Trimestral de Direito Público nº 48/2004, São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 211. O autor prossegue afirmando que: “*Diante do incremento quantitativo e qualitativo da atividade negocial Administração Pública/particular, abrandou-se sensivelmente o primado da autoridade como eixo principal para o desenvolvimento das relações travadas entre a Administração e os destinatários de sua atividade. Sua atividade negocial transbordou o campo das relações econômicas, imprimindo novos formatos às colaborações público-privadas, em áreas afetas aos serviços públicos (revalorização dos contratos de concessões de serviços públicos) e especialmente aos serviços de infraestrutura (contratos de PPP). Estendeu-se aos segmentos dos serviços sociais não-lucrativos e, principalmente, passou a incidir sobre conteúdos cujas determinação e veiculação tradicionalmente operavam-se pela via unilateral do ato administrativo*” (p. 218).

A maior contribuição que o estudo da *consensualidade* pode trazer para o âmbito dos contratos administrativos é, sem dúvida, a flexibilização das prerrogativas públicas implícitas nos contratos administrativos, a partir de uma mudança radical na forma de se compreender o direito contratual da Administração, afastando-o da ideia de imperatividade implícita e conatural ao instituto para uma fórmula que leve em consideração as circunstância do caso concreto e do objeto pretendido pela Administração quando contrata. A nova orientação tem uma dupla finalidade. Primeiro, privilegiar o consenso em detrimento da imposição unilateral de condições contratuais com base em permissivos legais genéricos e generalizantes, conferindo maior importância à vontade das partes manifestada no contrato. Segundo, reconhecer o caráter instrumental das prerrogativas de ação unilateral nos contratos em função do objeto e do interesse público em causa, superando a concepção da exorbitância a partir do sujeito que contrata (passagem do critério subjetivo para o critério objetivo) de modo a permitir, com isso, a modulação do regime de prerrogativas de acordo com os fins visados pela Administração em cada caso.

Relembre-se que, no Brasil, o Direito positivo tende a ser interpretado como impondo necessariamente a presença das prerrogativas de ação unilateral em todos os contratos administrativos, independentemente de constarem expressamente do contrato ou de terem as partes manifestado expressa concordância com tais condições. As prerrogativas estariam, pois, implícitas em todo e qualquer contrato administrativo, independentemente do objeto e dos interesses em questão, tanto por imperativo do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, quanto por força do que dispõe o Art. 58 da Lei que é considerada o Estatuto Geral das Licitações e Contratos Administrativos, aplicável indistintamente a todos os contratos em que a Administração seja parte.

Contudo, diante dos impactos da Administração-consensual para a teoria brasileira dos contratos administrativos – o que podemos ver no capítulo III – fica cada vez mais difícil sustentar a imprescindibilidade do regime estatutário de prerrogativas estatais a todo e qualquer contrato da Administração, o que força o trabalho da doutrina de buscar soluções mais amoldadas aos novos postulados do Estado de Direito contemporâneo, seja em termos de reformulação teórica que possa efetivamente influenciar na recolocação do Direito posto (reforma legislativa), seja buscando extrair do sistema jurídico uma nova interpretação, dentro

dos limites exegéticos, para melhor conformar o Direito positivo às novas tendências e orientações.

Na doutrina nacional, embora escassos, são valiosos os trabalhos de juristas que, ao analisar criticamente a teoria do contrato administrativo construída no Brasil, com atenção para as suas peculiaridades, complexidades e contradições, procuraram não se conformar com o Direito posto e contribuir para a construção de uma nova teoria, melhor capaz de compreender e dotar o complexo fenômeno contratual da Administração de instrumentos efetivamente aptos ao desempenho eficiente da função administrativa.

No Brasil, as principais propostas doutrinárias de reconfiguração da teoria das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos são de autoria de Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA⁶⁷⁵ e de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO⁶⁷⁶, ambas com forte dedicação ao tema das prerrogativas públicas como vetor mais importante de reformulação teórica que se pretenda aplicar à matéria dos contratos da Administração. Embora a mesma orientação possa ser identificada em outros autores nacionais⁶⁷⁷, os trabalhos desses dois juristas se destacam por não se limitarem a tecer críticas, oferecendo verdadeiras propostas de solução para o tema das prerrogativas públicas nos contratos da Administração. Cabe, portanto, melhor conhecer as suas propostas com o objetivo de situá-las no contexto da presente Dissertação e, com isso, confrontá-las diante das conclusões obtidas até aqui.

Diante da multiplicidade de tipos contratuais hoje existentes, cada qual reclamando tratamentos distintos pelo Direito, Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA formula talvez a

⁶⁷⁵ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro**. São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

⁶⁷⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 571-592.

⁶⁷⁷ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15ª Edição. São Paulo: Dialética, 2012, p. 811-812; e GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Alteração unilateral do contrato administrativo: interpretação de dispositivos da Lei nº 8.666/93**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 18. Para este último: “Particularmente no âmbito da contratação administrativa verifica-se, dentre outras notáveis consequências, o surgimento de um ambiente restritivo ao uso de prerrogativas especiais. Vislumbra-se que estes poderes de interferência no contrato não são mais concebidos como fruto de simples direitos da Administração, não decorrendo, assim, de juízos de conveniência e oportunidade, mas se põem nos estritos lindes de competências funcionalizadas, vinculadas e dirigidas ao atingimento das indisponíveis finalidades coletivas. Há o reconhecimento de que não é vontade administrativa o que condiciona o andamento da relação contratual, mas o dever – indisponível e funcional – de atualização das necessidades públicas”.

mais completa e abrangente classificação dos módulos convencionais (por ele considerados verdadeiros contratos⁶⁷⁸), dividindo-os em grandes blocos ou categorias, a saber: (a) *módulos de concessão*: concessão de serviços público, de bem público, urbanísticas, permissões, PPP's; (b) *módulos de cooperação*: convênios e congêneres; consórcios administrativos no modelo antigo; contratos de repasse; convênio de cooperação; contrato de gestão com as OS; termos de parcerias com as OSCIPs; contratos de programa; contratos que constituem sociedades e associações; e outras figuras que tem como objetivo o fomento; (c) *módulos convencionais instrumentais*: contratos de obras, enfiteuse, contratos regidos predominantemente pelo direito privado; e, por fim, (d) *módulos convencionais substitutivos de atos unilaterais*.

A classificação tem por objetivo principal sistematizar as diferentes modulações de regime jurídico, do maior para o menor grau de sujeição a um regime de exorbitância, como forma de contribuir para a construção de uma nova teoria de contratos administrativos que consiga retratar esta multiplicidade e adequar o regime de prerrogativas aplicável ao objeto e à finalidade de cada módulo convencional. Na sua teoria, “*as prerrogativas da Administração deixam, pois, de ser o ponto de convergência*”⁶⁷⁹ dos contratos administrativos, pois: “*há que se raciocinar finalisticamente com a função social do objeto contratual, e, neste sentido, do próprio contrato, para que se justifique, em cada caso, a incidência de um regime com maior ou menor carga de prerrogativas auto-executáveis de ação unilateral por parte da Administração*”⁶⁸⁰.

A partir daí, propõe a modulação de regime jurídico dentro desta formulação teórica abrangente dos módulos convencionais de que a Administração participa a partir de sete

⁶⁷⁸ Segundo o autor: “Esta evolução deve ser marcada pela superação da distinção entre contrato em sentido estrito e figuras afins para efeito de inclusão no alcance da teoria. Há que se valorizar a essência da relação convencional, em seu aspecto estrutural, enquanto acordo de vontades de partes diversas, com o objetivo de se criar uma situação jurídica individual, independentemente de tratar-se daquilo que se designou nesta tese módulos convencionais de cooperação, ou de concessão, ou instrumentais, ou substitutivos de decisão administrativa unilateral – todos unificados pela mesma essência convencional”. MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro**. São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 373.

⁶⁷⁹ Id. Ibid, p. 372.

⁶⁸⁰ Em suma: “o que se quer sustentar é que, seja face a interesses públicos, seja face a interesses privados, um regime contratual que preveja determinados poderes de ação unilateral a uma das partes, levando ao que se pode chamar mutabilidade contratual, deve decorrer das circunstâncias que concretamente envolvem o objeto da prestação, mas não, a priori e em abstrato, da natureza pública ou privada dos interesses em questão”. Id. Ibid, p. 331 e 352.

situações, não concebidas como exceções ao regime geral ou “padrão” dos contratos da Administração, mas sim como “*próprios regimes específicos, todos integrados em um mesmo regime genérico do contrato administrativo*”⁶⁸¹. As gradações de regime jurídico iniciam-se, pois, na opção legislativa pelo regime de prerrogativas de ação autoexecutória e unilateral da Administração aplicável a determinadas formas de ação administrativa (considerado este o regime de maior intensidade da presença de prerrogativas públicas), e terminam na opção legislativa pela proibição da incidência de um regime de prerrogativas da Administração em determinados contratos que celebra.

Entre tais extremos, são propostas situações em que a lei confere maior margem de liberdade para que as partes estabeleçam consensualmente o regime de prerrogativas a ser aplicado ao contrato, no âmbito de sua autonomia contratual. Nesse sentido, tanto pode a Administração prever a obrigatoriedade de inclusão no contrato de um regime de prerrogativas já em lei configurado, quanto conferir às partes a possibilidade de ditar o regime de prerrogativas a ser adotado em cada caso no contrato, na maior expressão da autonomia. Trata-se de diferenciar as situações verdadeiramente convencionais daquelas que apresentam mera aparência de convenção, mas na verdade possuem nítido caráter legal, ambas a conformar o novo sentido teórico do contrato administrativo a partir do reconhecimento de que sempre haverá “*graus de autonomia e heteronomia no tocante à produção normativa em geral*”.

A conclusão do autor implica na reformulação da própria noção de contrato administrativo enquanto contrato predador de prerrogativas implícitas de ação unilateral pela Administração, que passa a ser explicado, no sentido da nova teoria, como o contrato “*celebrado pela Administração no desempenho de sua função pública, ainda que não contenha certas prerrogativas de ação unilateral no seu regime específico*”. O novo conceito de contrato administrativo, segundo MENEZES DE ALMEIDA, é formulado com base em duas constatações: (i) primeiro, que “*é genericamente contrato porque comunga da mesma essência do contrato enquanto categoria jurídica geral*”; (ii) segundo, que “*é especificamente administrativo porque sofre **potencialmente** a incidência do regime de Direito público inerente a toda ação Administrativa, acompanhado, em distintos graus, de prerrogativas de ação*

⁶⁸¹ Id. Ibid, p. 373-374.

*unilateral (e não porque tal regime necessariamente esteja incorporado ao modo de ser da relação contratual)”*⁶⁸².

A nova teoria proposta apresenta, portanto, uma dupla função: (i) de permitir a compreensão da realidade; e, ao mesmo tempo; (ii) influenciar a configuração do Direito positivo que pretende explicar, lastreando do ponto de vista ideológico a política legislativa. O objeto central da tese é compreender “*o regime de prerrogativas da Administração em matéria contratual, de modo coerente, no contexto do Estado de Direito, qualificado como democrático e finalisticamente voltado à proteção das liberdades*”⁶⁸³. A ideia de modulação do regime de exorbitância pode ser aplicada, assim, aos diversos módulos convencionais identificados pelo autor no contexto contemporâneo do aumento de complexidade do fenômeno convencional da Administração.

Outro autor de destaque na matéria de prerrogativas unilaterais nos contratos da Administração no contexto brasileiro é, sem dúvida, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO. A leitura de suas obras demonstra a proximidade do autor com o tema da consensualidade e a sua preocupação em afastar a concepção tradicional de prerrogativas implícitas dos contratos administrativos, a partir do que é proposta uma nova forma de enxergar a exorbitância no direito contratual da Administração. Na visão do autor, a perspectiva contemporânea do Direito Administrativo abre espaço para proposições que considerem as exorbitâncias como “*meras modulações contratuais, inseridas sempre que motivadamente exigíveis pela matéria administrativa de que se trate*”.

A proposta é bem delineada pelo autor após discorrer sobre as inúmeras desvantagens das cláusulas exorbitantes, do que conclui que as prerrogativas de ação unilateral nos contratos administrativos devem ser superadas pelas chamadas “*cláusulas discricionárias*”, a partir da ideia de “*flexibilização*” como substituta dos “*comandos excessivamente padronizados*”. Para permitir esta flexibilização, o autor propõe a obrigatoriedade da “*dupla motivação*” pela Administração, tanto na adoção ou no afastamento de uma cláusula exorbitante na formação do contrato, quanto no momento da aplicação concreta de determinada cláusula exorbitante em

⁶⁸² MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro**. São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 349 e 379.

⁶⁸³ Id. Ibid., p. 332.

uma relação contratual já estabelecida⁶⁸⁴. Desse modo, o autor conclui como irrefutável, na perspectiva pós-moderna do Direito Administrativo, que as exorbitâncias nada mais representem que meras modulações contratuais, previstas apenas quando motivadamente exigíveis pela matéria administrativa⁶⁸⁵. Segundo MOREIRA NETO, a sua proposta de adoção da fórmula flexível da discricionariedade, em lugar da fórmula típica da vinculação:

“não encontra qualquer impedimento na legislação brasileira, pois essa imposição da generalização de cláusulas inafastáveis nos contratos administrativos não repousa sobre qualquer assento constitucional, senão que é de previsão meramente legal, nada impedindo, portanto, que o legislador delegue ao administrador público esta oportunidade de avaliar a legitimidade do emprego de qualquer delas, depois de examinadas as hipóteses, caso a caso”.

Nesse sentido, a padronização legal de comandos seria abandonada em favor da adoção da modulação dos poderes “*para atender as miríades de circunstâncias próprias de cada contratação*”, restando à Administração margem de discricionariedade para avaliar “*a conveniência e a oportunidade de inserir ou não, casuisticamente, em cada contrato, as modulações ditas exorbitantes*”. Afinal, se o atendimento ao interesse público é legalmente indisponível, “*as condições em que esse atendimento dar-se-á ou se possa dar, é matéria administrativamente disponível, sempre que se instaure concurso com outros princípios constitucionalmente relevantes*”. Por isso, nada haveria a se opor à opção legislativa de conferir maior abertura para que o administrador possa julgar, diante das circunstâncias do caso concreto, qual o regime de prerrogativas a ser adotado a fim de melhor consagrar o interesse público, desde que o faça motivadamente (dupla motivação) e com respeito aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais.

⁶⁸⁴ Para um melhor entendimento da interessante proposta do autor, ver: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 571-592.

⁶⁸⁵ Segundo MOREIRA NETO, a sua proposta de adoção da “*técnica flexível da discricionariedade, em lugar da técnica típica da vinculação, não encontra qualquer impedimento na legislação brasileira, pois essa imposição da generalização de cláusulas inafastáveis nos contratos administrativos não repousa sobre qualquer assento constitucional, senão que é de previsão meramente legal, nada impedindo, portanto, que o legislador delegue ao administrador público esta oportunidade de avaliar a legitimidade do emprego de qualquer delas, depois de examinadas as hipóteses, caso a caso*”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 571-592.

Repare-se que há um ponto de convergência entre as propostas de revisão teórica expostas nas obras de MENEZES DE ALMEIDA e de MOREIRA NETO: ambas reconhecem a necessidade de a lei estabelecer, de antemão, para cada módulo convencional, a disciplina e a margem de permeabilidade ao consenso do regime de prerrogativas de ação unilateral e autoexecutória em favor do Poder Público. Ambas reconhecem a necessidade de conformação legislativa do regime de prerrogativas aplicável a cada contrato, seja a partir da gradação de regimes de acordo com o objeto do contrato, conferindo às partes maior ou menor margem de autonomia para estabelecer, em concreto, as prerrogativas incidentes sobre o ajuste (MENEZES DE ALMEIDA), seja a partir de uma delegação mais ampla de competência ao administrador para decidir, motivadamente, quais prerrogativas deverão se fazer presentes em cada espécie contratual (MOREIRA NETO).

A proposta comum é alterar o tratamento legislativo da matéria das cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos no Direito brasileiro para: (i) abandonar o tratamento genérico e universalizante atualmente conferido pelo Art. 58 da Lei nº 8.666/93, aplicável hoje a todos os contratos contrativos e, “no que couber”, também aos contratos ditos “privados” da Administração; (ii) adotar como modelo ideal de política legislativa a disposição específica, em função do objeto do contrato, do modo como deverá ser aplicado pelas partes o regime de prerrogativas de ação unilateral, conferindo maior ou menor margem de autonomia contratual às partes para decidirem, consensualmente, quais prerrogativas exorbitantes deverão incidir sobre o contrato; e (iii) como resultado das anteriores, afastar qualquer concepção que considere implícitos, independentemente de previsão legal expressa, os poderes de ação unilateral da Administração sobre os contratos que celebra, baseada nos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público.

Tudo isso para reconhecer, em termos de teoria geral, a existência de contratos administrativos que, embora sigam informados pela finalidade de interesse público inerente a toda ação administrativa, prescindem de um regime de prerrogativas exorbitantes em favor da Administração para que tal finalidade seja plena e eficientemente alcançada. Justamente por reconhecer a prescindibilidade do regime de prerrogativas públicas é que se procura desvincular da “natureza” do contrato ou da mera presença da Administração a incidência das ditas “cláusulas exorbitantes”, limitando-as aos casos em que a lei, considerando o objeto e a

finalidade do contrato, decida (i) estabelecer um regime de prerrogativas incidentes sobre o contrato independentemente da vontade das partes; ou (ii) conferir às partes, especialmente à Administração, margem de liberdade para decidir quais prerrogativas farão incidir sobre o contrato que consensualmente celebram, a depender das necessidades do caso concreto.

De tais orientações resulta que, diferentemente da concepção tradicional do contrato administrativo, na qual a presença as prerrogativas de ação unilateral se fariam presumir em todo e qualquer contrato pela mera presença da Administração ou pela força imperativa dos princípios estruturantes do direito administrativo (supremacia e indisponibilidade do interesse público), que fariam a Administração sempre ocupar posição de privilégio em relação ao particular contratado, a proposta de melhor utilização da técnica legislativa para atribuir regimes específicos de prerrogativas a depender do objeto e da finalidade que estiver em causa, ou para atribuir às próprias partes a possibilidade de decidir consensualmente os termos da avença (inclusive os contornos do regime de prerrogativas em favor de uma delas), subverte a lógica da supremacia pela lógica da subordinação da Administração aos comandos normativos (legais ou convencionais), como de resto estão subordinados quaisquer sujeitos privados⁶⁸⁶.

Mas a principal contribuição diz, por certo, com o renovado prestígio atribuído ao *consenso* no processo de formação da vontade contratual, inclusive na determinação do regime de prerrogativas a ser aplicado ao contrato. Esta parece consistir, a nosso ver, a principal

⁶⁸⁶ Para José Luis MEILÁN GIL: “*El reconocimiento de la prerrogativa en la Ley permite obviar las discusiones doctrinales sobre la existencia de un poder de modificación unilateral del contrato y, por consiguiente, sobre su justificación, que ciertamente no es manifestación de las prerrogativas de las que dispone en general la Administración, sino como «una ilustración del papel que juega... el interés general en los contratos administrativos». Un poder limitado por las determinaciones legales y por la comprobación de que existe un interés general. La apreciación de esos datos es cada vez más rigurosa, por cambios legislativos y resoluciones judiciales, sosteniéndose también en sede doctrinal que las prerrogativas son manifestación de la preeminencia general de la Administración en su relación con los ciudadanos, pero «atenuadas y moduladas por la naturaliza contractual de la relación», concluyendo que son potestades regladas (Cfr. F. SAINZ MORENO, *Prerrogativas de la Administración en la contratación administrativa, en Derecho de los contratos públicos*, pág. 425) y de ejercicio obligado (Cfr. J. L. VILLAR PALASÍ y J. L. VILLAR EZCURRA, *Comentarios*, pág. 800)»*. **Las prerrogativas de la administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión.** Revista de Administración Pública. n. 191, Madrid, mayo-agosto 2013, págs. 11-41. O resultado disso é, a nosso ver, que pouco restará de verdadeiramente especial, em termos de regime jurídico, nos contratos administrativos em relação aos contratos celebrados entre os particulares, posto que um tal regime de prerrogativas conformado legislativamente poderia existir para reglar determinadas espécies de contratações entre privados, como de fato ocorre com as normas de ordem pública e com o princípio da função social do contrato. Quer-se dizer, em termos de teoria geral aplicável aos contratos administrativos, as cláusulas exorbitantes deixam de figurar como o critério capaz de diferenciar esses contratos de qualquer outro módulo contratual celebrado entre a Administração ou entre pessoas privadas, na medida em que pode a lei, também no domínio civil, predeterminar prerrogativas em favor de uma das partes com o fim de atingimento de um interesse geral subjacente a uma determinada espécie de contrato.

contribuição da doutrina para a evolução da teoria geral dos contratos administrativos no Direito brasileiro. Há, nestas propostas, um nítido privilégio do *consenso*, da *bilateralidade*, do *acordo de vontades*, em detrimento da imperatividade e da unilateralidade que informou a construção da teoria do contrato administrativo, sempre quando a lei, explícita ou tacitamente, conferir liberdade às partes para que elas estabeleçam, de comum acordo, quais prerrogativas deverão incidir sobre a avença. Mesmo quando a lei conferir margem de discricionariedade à Administração para decidir sobre a inclusão ou não de determinada prerrogativa no contrato, o exercício dessa margem de liberdade será guiado pelos princípios constitucionais e pela escolha ponderada do interesse a prevalecer naquele contrato, o que será melhor realizado com o consenso da outra parte.

A partir daí, diante das considerações tecidas ao longo da Dissertação, é possível avançar mais um passo nesta formulação teórica. Isto porque, como vimos, a lei cada vez menos se mostra capaz de pré-determinar as condutas que melhor atendem ao interesse público em cada situação, quanto menos diante da multiplicidade de tipos contratuais que a Administração contemporânea participa hodiernamente, a reclamar cada qual um tratamento específico em termos de prerrogativas públicas. Por isso, para além das propostas que levam em conta a lei como vetor da transformação através da técnica da discricionariedade, pretendendo que o legislador seja capaz de predizer, para cada espécie contratual, qual o regime jurídico aplicável ou qual a margem de liberdade que as partes terão para a conformação convencional deste regime, temos para nós que o principal vetor de transformação da teoria está justamente quando a lei não é capaz de normatizar, de modo específico, determinada espécie contratual para conformar-lhe o regime jurídico⁶⁸⁷.

Em casos tais, a nosso ver, o silêncio da lei oportuniza que se presuma a inexistência de um regime de prerrogativas – e nunca o contrário⁶⁸⁸ –, o que não significa que as partes não

⁶⁸⁷ Como, aliás, só ocorrer nos casos de contratos atípicos.

⁶⁸⁸ Divergimos, pois, neste aspecto, da opinião de SÉRVULO CORREIA, para quem: “a propósito da aplicação do critério do direito estatutário, um contrato desse gênero será qualificável como administrativo se as partes nele tiverem clausulado poderes, obrigações ou sujeições acessórios próprios do regime geral dos contratos administrativos, ou se o houverem simplesmente qualificado como contrato administrativo, atitude essa que implica a remissão para tal regime geral. Agrupam-se ainda na categoria dos contratos administrativos atípicos com objecto passível de contrato privado os contratos duplamente atípicos que as partes (uma das quais, pelo menos, pessoa colectiva de direito público) não qualificaram e nos quais estabeleceram apenas efeitos de direito neutros, isto é, efeitos que se revelam integralmente adequados à conjugação com o regime geral dos contratos

possam consensualmente estabelecê-lo e configurá-lo. Ou seja, a partir do momento em que se afasta a concepção de prerrogativas implícitas em razão da mera presença da Administração e se reconhece que somente a lei é capaz de conferir um regime de prerrogativas independentemente da vontade das partes, eventual ausência de tratamento legislativo explícito acerca do regime aplicável ao contrato impedirá a presunção da incidência de tal regime exorbitante, restando apenas às partes a capacidade para decidir consensualmente sobre a sua aplicação e configuração.

Portanto, em matéria de cláusulas exorbitantes, pode-se dizer que a perspectiva de uma nova teoria geral do contrato deve caminhar no sentido de:

- (i) considerar que somente a lei ou a vontade das partes são capazes de dispor sobre as prerrogativas públicas, afastando a concepção de prerrogativas implícitas pela natureza do contrato ou por imperativo da supremacia do interesse público;
- (ii) E mais, a lei deve conformar-se com a nova orientação teórica para, preferencialmente e nesta ordem:
 - (a) conferir maior margem de liberdade às partes para decidir pela inclusão ou não das prerrogativas no contrato, mediante procedimento de obtenção do consenso, o que deverá ser feito sempre motivadamente por parte da Administração;
 - (b) excepcionalmente, disciplinar as prerrogativas públicas incidentes sobre determinada espécie de contrato em função do seu objeto e finalidades, e não pela mera presença da Administração (o que será sempre problemático diante da dificuldade em normatizar sobre o interesse público a ser tutelado no caso concreto); e

administrativos, se bem que também possam integrar um contrato regulado pelo Direito Privado. A nossa opinião – exposta oportunamente – é a de que deve presumir-se a natureza administrativa de tais contratos, aplicando-se-lhes consequentemente os princípios gerais do contrato administrativo”. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos.** Coleção teses. Coimbra: Almedina, 2003, p. 630. Na contramão desta tese, consideramos que o silêncio deve advogar em favor da igualdade, e não da supremacia, sempre que inexistirem outros critérios para identificar a natureza “administrativa” do contrato, como, aliás, encontramos adeptos na própria doutrina portuguesa. Cf. KIRKBY, Mark Bobela-Mota. **Contratos sobre o exercício de poderes públicos: o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral.** Coimbra Editora, 2011, p. 223 e ss.

- (c) garantir que, no silêncio da lei, presumem-se inexistentes as prerrogativas de ação unilateral em favor da Administração Pública, o que não impedirá que as partes estabeleçam os contornos de um regime exorbitante mediante a manifestação do livre consentimento.

Esta parece ser, a nosso ver, a orientação a ser seguida em termos de política legislativa em matéria de exorbitância pública nos contratos da Administração, admitindo-se a modulação de regimes jurídicos de acordo com a finalidade e com o interesse público prevalecente que estiver em causa. Dessa forma, alguns módulos contratuais sofrerão maior ou menor incidência do regime de prerrogativas, sempre na medida necessária para melhor resguardar e satisfazer o interesse público a ser prestigiado em cada situação concreta (o qual, muitas vezes, é mais bem atendido quando inexistem prerrogativas em favor da Administração no contrato)⁶⁸⁹.

É claro que toda esta construção teórica é formatada a partir da premissa de alteração do panorama legislativo hoje vigente, deixando de ser disciplinado o tema da exorbitância por meio de lei geral aplicável a todos os contratos administrativos, como o faz a atual Lei de Contratações Públicas⁶⁹⁰. Havendo uma lei geral com esta abrangência e extensão, dificilmente

⁶⁸⁹ Ao comentar a prerrogativa de alteração unilateral do contrato, José Luis MEILÁN GIL expressa bem o efeito negativo de tais prerrogativas em certas situações: “*De otra parte, el ejercicio de las prerrogativas, singularmente la relativa a la modificación del contrato, ¿sirve siempre al interés general? El elevado número de casos en que el contratista no la recurre sugiere la duda, que incrementa la flexibilidad de la consideración, de otra parte positiva, del contratista como colaborador de la Administración. No es esta una mera especulación teórica. El Consejo de Estado ha reconocido que en los expedientes de contratación por él examinados «se detectan situaciones que no serían admisibles en el mundo de los negocios entre particulares, lo que evidencia el contraste entre las predicadas prerrogativas de la Administración, que operan con frecuencia sobre todo a favor del contratista». Más aún, ha comprobado «el uso de prerrogativas administrativas a iniciativa e interés del contratista». De ahí la importancia de la preparación del contrato para evitar indevidos «reformados», consecuencia de imprevisiones evitables «con las que parece incluso haber contado el contratista en su programa contractual»*”. MEILÁN GIL, José Luis. **Las prerrogativas de la administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión**. Revista de Administración Pública. n. 191, Madrid, mayo-agosto (2013), págs. 11-41.

⁶⁹⁰ Como, aliás, já se previa no anteprojeto de alteração da Lei de Licitações e Contratos de autoria de Benedicto PORTO NETO, que foi abandonado depois de discutido em Consulta Pública. Referido anteprojeto estabelecia, em seu art. 167, que: “*A Administração, desde que previsto expressamente no contrato administrativo, pode: I – invalidá-lo de ofício; II – alterá-lo unilateralmente; III – rescindí-lo unilateralmente; IV – aplicar sanções; e V – nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar-se de pessoas e serviços vinculados ao objeto do contrato, nas hipóteses de necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado e de rescisão contratual. Parágrafo único: O exercício de qualquer prerrogativa da Administração depende de ato escrito, motivado e prévia audiência do contratado*”. Posicionando-se favoravelmente a proposta de alteração legislativa, ver: SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo contratual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 467.

se poderia sustentar que as partes poderiam afastar o regime legal de prerrogativas pelo exercício do consenso nas cláusulas contratuais. Porém, mesmo diante do atual quadro normativo, não seria de todo desarrazoado ou desproporcional sustentar a prevalência do acordo de vontades em relação ao comando normativo genérico e impreciso da Lei nº 8.666/93. A proposta de reinterpretação do ordenamento nesse sentido dispensaria a necessidade de alteração da lei geral vigente para privilegiar o consenso em matéria de determinação das prerrogativas públicas aplicáveis ao contrato⁶⁹¹.

Uma última nota a respeito da inclusão das cláusulas exorbitantes nos contratos parece integrar a orientação de uma nova teoria geral aplicável aos contratos administrativos. É que, uma vez formatado o contrato e formado o vínculo jurídico-contratual entre as partes, com a inclusão ou não de um regime de prerrogativas de ação unilateral em favor da Administração, devem as partes – sobretudo a própria Administração – respeitar os termos da avença tal como entabulada, sem pretender invocar qualquer princípio “superior” baseado na “supremacia” da Administração enquanto tutora do interesse público para eximir-se do cumprimento do contrato

⁶⁹¹ Esta é a opinião de Thiago MARRARA, para quem, embora alterações de normas gerais possam ser úteis, não se mostram imprescindíveis por quatro motivos: “(i) A legislação geral não obsta a eficácia de normas especiais sobre o assunto, que, inclusive, prevejam a discricionariedade do administrador quanto à inclusão de poderes exorbitantes em certos tipos de ajuste celebrados pela Administração; (ii) Sem prejuízo de normas especiais, a interpretação lógica e teleológica das normas gerais de licitações e contratos é capaz de, por si só, limitar a aplicabilidade e os efeitos das cláusulas exorbitantes ali previstas em relação a alguns novos módulos convencionais, como os acordos realizados no exercício do poder de polícia; (iii) Não há comprovação científica aprofundada de que a substituição das normas gerais atuais por um sistema que torne discricionária sua previsão contratual será capaz de extinguir custos e riscos de abuso na gestão de contratos da Administração; e (iv) Mesmo que a previsão contratual de tais cláusulas seja hoje norma geral, seu uso fático em relação a um contrato firmado é sempre discricionário e, vale dizer, condicionado pelos princípios da legalidade, da motivação e, sobretudo, da razoabilidade e da finalidade pública primária”. MARRARA, Thiago. **As cláusulas exorbitantes diante da contratualização administrativa**. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, mar./ago. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 2 out. 2013. O próprio MENEZES DE ALMEIDA, ao comentar a disciplina conferida pela Lei nº 8.666/93 aos contratos privados da Administração (Art. 62, §3º, I), reconhece que: “(...) mesmo em face do art. 58 da lei n. 8.666/93, que tende a ser interpretado como impondo necessariamente a presença das prerrogativas que arrola em todos os contratos administrativos, que até se entenderiam implícitas, **pode-se evoluir para uma interpretação que entenda cabível às partes afastar, no caso concreto, a incidência de certas delas, seja fazendo-o expressamente, seja não as prevendo**. Daí, duas considerações. A primeira tem o objetivo de se apontar o sentido contraditório, sob o ponto de vista finalístico, da interpretação da lei que leva a prerrogativas implícitas em relações convencionais. Ora, supor que as partes contratantes se vinculem a regras que imponham certo conteúdo às obrigações contratuais, contudo regras não previstas no contrato (nem por uma simples remissão), importaria a negação da liberdade de contratar, vez que, manifestando a vontade de aderir a um certo regramento, o sujeito será levado, independentemente de sua vontade, a aderir a mais outro”. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro**. São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 367.

administrativo celebrado⁶⁹². O interesse público, nesse caso, está mais em cumprir o contrato do que na invocação de razões supervenientes que seriam capazes de desestabilizar o vínculo sem haver cláusula expressa nesse sentido⁶⁹³. Não que em casos excepcionais a Administração não possa preferir, por imperativo de interesse público devidamente motivado, descumprir o vínculo ou mesmo pretender a rescisão do contrato. Apenas é preciso reconhecer que, nesses casos, haverá nítido descumprimento do pactuado capaz de gerar a responsabilização contratual da Administração⁶⁹⁴.

Até aqui tratamos do momento da inclusão ou não das prerrogativas de ação unilateral nos contratos celebrados pela Administração. Não se olvide, porém, da etapa seguinte onde também há manifestação de autoridade estatal, bem identificada por MOREIRA NETO em sua proposta de “dupla motivação”. Trata-se do momento de aplicação, na prática, diante da circunstância fática, da prerrogativa autorizada pela lei e prevista no contrato, típico ato administrativo unilateral exercido pela Administração diante da interpretação do interesse público no caso concreto. Para efeito de uma nova teoria geral que se pretenda aplicar no

⁶⁹² Vale lembrar, como anota Thiago MARRARA, que “a supremacia do direito administrativo encontra-se erodida. Primeiramente, ela deixa de ser um atributo permanente da administração e do direito administrativo e se torna um privilégio que deve ser concedido, caso a caso, pela lei. Depois, a supremacia e a unilateralidade foram substituídas pelo consenso e pela bilateralidade. Finalmente, o cidadão não é mais colocado em uma posição de subordinação”. **As cláusulas exorbitantes diante da contratualização administrativa**. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, mar./ago. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 2 out. 2013.

⁶⁹³ A obra de José Luis MEILÁN GIL deixa clara esta forma de pensar o interesse público no âmbito da comunidade europeia: “No se trata de uma controversia entre el interés público representado por la Administración y el interés privado del contratista, con prevalencia de aquella manifestada en la prerrogativa, sino la primacía del interés general que el ordenamiento comunitario otorga a la igualdad de trato, excluyente de discriminación, en la selección del contratista y la adjudicación del contrato. La prerrogativa se corresponde a una orientación legal y doctrinal diferente a la de poner el acento en la preparación del contrato”. **Las prerrogativas de la administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión**. Revista de Administración Pública. n. 191, Madrid, mayo-agosto (2013), págs. 11-41.

⁶⁹⁴ Na lição de Marcelo Rebelo de SOUSA: “Os contratos administrativos, também eles, obedecem ao princípio da força vinculativa, inclusive à sua componente de estabilidade contratual, e, fora as situações excepcionais em que ela pode ser afastada pelas partes, pela lei ou por decisão jurisdicional, qualquer conduta que se choque com o princípio e sua componente é geradora de responsabilidade contratual. (...) Mas, o princípio da proteção da confiança, por si mesmo, já significa que a administração tem de se ater aos termos da sua proposta contratual ou convite para contratar, não pode alterá-los subsequentemente, menos ainda depois de conhecer quem são os destinatários”. **O concurso público na formação do contrato administrativo**, Lisboa: LEX Edições Jurídicas, 1994, p. 54 e 19. Para SÉRVULO CORREIA: “não é exacto que o alicerçamento do contrato no princípio ‘pacta sunt servanda’ o torne em qualquer caso incompatível com as exigências do princípio da legalidade: o dever de cumprir os contratos respeita aos contratos válidos ou, pelo menos, eficazes e não pode ter por alcance o impedimento da anulação dos contratos viciados de incapacidade ou de ilegitimidade de um contraente, pelo menos naqueles casos em que esses vícios pudessem ser conhecidos desde o início pela outra parte”. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coleção teses. Coimbra: Almedina, 2003, p. 596.

contexto da consensualidade, deve-se reconhecer, também nesta etapa, a necessidade de introdução, em alguma medida, de técnicas consensuais na decisão a ser tomada pela Administração, seja garantindo a participação do contrato no momento do exercício da prerrogativa, seja mesmo procurando meios mais eficientes de ação administrativa através da alteração consensual do contrato (e não mediante simples imposição da decisão julgada pela Administração como a mais adequada).

Assim é porque, se abandonada a ideia de contraposição de interesses como atributo inerente aos contratos – afinal, não é desejo comum das partes o integral cumprimento do contrato? –, a alteração da condição inicialmente ajustada, para ser melhor cumprida pelo contratado, certamente será melhor aceita e mais facilmente satisfeita se realizada a partir de uma decisão consensual. A nosso ver, longe de ser apenas uma alternativa colocada à disposição da Administração, que poderia decidir baseada no exercício da discricionariedade, a consensualidade demanda a necessidade de inclusão do contratado no processo de formação da vontade estatal em, p.ex., alterar o contrato (*ius variandi*), valendo-se de seu parceiro para melhor consagrar o interesse público. Apenas se não obtido o consenso restará à Administração agir pela via unilateral, seguindo-se, portanto, procedimento semelhante ao aplicável aos contratos substitutivos de atos unilaterais, com todas as cautelas já identificadas.

Em conclusão, no panorama da consensualidade em sua vertente de *contratualização*, o novo paradigma do Estado implica em uma inversão da lógica das cláusulas exorbitantes em pelo menos duas vertentes aqui bem identificadas em termos de teoria geral: (i) no momento de sua inclusão ou não do contrato, não se presumindo presentes ditas cláusulas exorbitantes no contrato em caso de silêncio da lei ou se as partes não tiverem consentido expressamente com a sua inclusão; e (ii) no momento de aplicação em concreto da cláusula exorbitante autorizada pela lei e prevista no contrato, momento em que, no contexto da Administração-consensual, há que se preferir a adoção de soluções consensuais à imposição unilateral da vontade pela Administração, o que não significa suprimir a prerrogativa de agir unilateralmente em caso de não obtenção de consenso ou caso o resultado do consenso seja contrário à eficiência no melhor atendimento ao interesse público prevalecente em dada situação, mediante exaustiva motivação.

Não se desconhece que tais propostas já apresentam reação na doutrina brasileira, ao não considerar factível, por exemplo, atribuir margem de liberdade à Administração para decidir se deve ou não incluir determina prerrogativa no contrato administrativo⁶⁹⁵. Há quem veja tais aberturas ou flexibilizações no momento de formação do vínculo como “*poderes que, mesmo em caso de omissão no contrato, não podem deixar de ser exercidos se o interesse público o exigir. São poderes irrenunciáveis pela Administração Pública como parte no contrato*”⁶⁹⁶. Porém, trata-se justamente de superar a noção de supremacia do interesse público, único e exclusivo do Estado, para reconhecer a ponderação, o diálogo e a negociação, como técnicas mais adequadas para identificar e melhor satisfazer o interesse público prevalecente em determinada situação⁶⁹⁷.

⁶⁹⁵ Para Alice Gonzalez BORGES, por exemplo, seria inaceitável a relativização ou flexibilização do uso das cláusulas exorbitantes mediante a conferência de discricionariedade ao agente público na elaboração e gestão de contratos, pois tal flexibilização seria incompatível com a realidade brasileira, permeada pela corrupção em todos os níveis. Na sua visão, dar espaço de escolhas para o agente público significaria criar um “*terreno fértil [...] para a improbidade administrativa e para os conluíus entre administradores e contratados!*”. **Temas de direito administrativo atual: estudos e pareceres**. v. 2. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 164. Em outro escrito, em que pese também advogar a necessidade de uma evolução no tocante ao abrandamento do rigor das cláusulas exorbitantes em determinadas situações reguladas pela lei, a autora apresenta a seguinte preocupação com relação à tese da extinção ou flexibilização das cláusulas exorbitantes: “[as cláusulas exorbitantes visam] *proteger o interesse público, alterando as condições previamente ajustadas à nova realidade fática, para que o contrato não se desvie dos resultados preordenados. (...) A flexibilização das cláusulas contratuais administrativas não pode ser obtida pela delegação aos administradores do poder de modificar discricionariamente, a seu talante, sob a invocação de razões de conveniência e oportunidade, as cláusulas padronizadas que, originariamente, estabeleceram prerrogativas destinadas a preservar o verdadeiro interesse público*”. **Considerações sobre o futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos**, Revista do Advogado nº 107, 2009, p. 16-24. A objeção porém, a nosso ver, não procede, justamente (i) porque inexiste um conceito único e fechado de *interesse público*; (ii) porque a satisfação do interesse público deve ser protegida também contra a própria Administração, ou seja, contra os desvios praticados pelas pessoas físicas que agem em nome da Administração, e tendem por isso a abusar dos seus poderes no intento de conseguir uma utilidade própria, escondendo-a debaixo do manto da concepção de “*interesse público*”; e (iii) porque a flexibilização tem por objetivo, justamente, melhor identificar (e satisfazer) o interesse público eleito como prevalecente no caso concreto. Aliás, como bem salienta Alexandre Santos de ARAGÃO: “*(...) não podemos, com efeito, fechar as portas para mecanismos mais eficientes (e às vezes os únicos à disposição) de atendimento dos interesses públicos por terem a chance de ser usados para propósitos menos nobres. Na verdade, nossa experiência histórica bem o demonstra, qualquer metodologia pode ser aproveitada para facilitar desvios de conduta*”. **A Consensualidade no Direito Administrativo: Acordos Regulatórios e Contratos Administrativos**. Boletim de Licitações e Contratos (BLC), set. 2006, a. XIX, n. 9, p. 832. Basta lembrar que a própria importação da teoria dos contratos administrativos para o sistema brasileiro, com a atribuição de prerrogativas unilaterais implícitas ao administrador, nunca se mostrou uma técnica de atribuição muito adequada em vista do histórico de corrupção e apropriação do interesse público pelos interesses particularísticos dos governantes, que não raro as utilizam para afirmar o descompromisso do Poder Público em relação ao quanto pactuado ou para obter vantagens por meio de coação ou chantagem.

⁶⁹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Ainda existem os chamados contratos administrativos?** In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, e RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 410.

⁶⁹⁷ A este respeito, especificamente em matéria contratual, José Luis MEILÁN GIL tece interesse provocação: “*¿En qué consiste el interés general? El estadio actual de la evolución legislativa y jurisprudencial testimonia*

Aliás – vale dizer –, a proposta de flexibilização da exorbitância nos contratos administrativos está longe de ser uma iniciativa exclusiva de juristas nacionais. Trata-se de uma tendência comum aos países influenciados pelo modelo do *contrat administratif* francês⁶⁹⁸. Embora o diálogo aqui tenha sido estabelecido a nível nacional com vistas a extrair importantes diretivas para a teoria aplicada no Brasil – em vista de suas particularidades –, orientações de atenuação da exorbitância em arquétipos semelhantes aos propostos por aqui são encontradas na doutrina estrangeira, especialmente no âmbito da União Europeia, por conta da necessidade de interação econômica que forcem a convivência harmônica entre diferentes sistemas jurídicos, muitos dos quais informados por princípios e lógicas que se afastam da concepção tradicional de *contrato administrativo*⁶⁹⁹.

que no es suficiente apelar a ese interés para que el ejercicio de la prerrogativa quede justificado. El interés general no es «manta» que cubra de un modo indiscriminado toda la actuación de la Administración. Siendo necesario, convendría no mitificarlo. En primer término, porque pueden entrar en conflicto dos Administraciones que apelan al interés general para justificar su actuación, lo que sucede con naturalidad en un Estado compuesto. Toda potestad está vinculada al fin que la justifica. Y, en ese sentido, la apelación al interés general puede reconducirse en muchas ocasiones a la conformidad a Derecho de la actuación de la Administración, sobre todo si se tiene en cuenta que la discrecionalidad no supone la posibilidad de elegir entre varias soluciones igualmente justas”. Las prerrogativas de la administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión. Revista de Administración Pública. n. 191, Madrid, mayo-agosto (2013), págs. 11-41.

⁶⁹⁸ Na Argentina, por exemplo, Juan Carlos CASSAGNE manifesta-se contrário a tais prerrogativas implícitas, sustentando a necessidade de que venham previstas expressamente no ordenamento: “*se afirma la idea de lo público basada en la conexión entre el interés general o bien común y la función administrativa que, si bien tiene como eje al Estado como sujeto, se extiende a otros sujetos no estatales que cumplen funciones públicas o regidas por el derecho administrativo. En esta tendencia, las prerrogativas de poder público no son de la esencia del contrato sino el efecto de la sustancia ius administrativa y deben hallarse contempladas en forma expresa, por el ordenamiento, afirmándose una corriente generalizada a promover y estimular la competencia bajo el impulso estatal*”. **Algunas Reflexiones sobre la Evolución y Vigencia Actual del Contrato Administrativo.** Interesse Público – IP, Belo Horizonte, n. 41, ano 9 Janeiro / Fevereiro 2007 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 2 out. 2013. Ver também, do mesmo autor, *El contrato administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005, p. 352 e ss.

⁶⁹⁹ Para melhor demonstrar a proposta de diretiva no âmbito da comunidade europeia, vale citar a explicação de José Luis MEILÁN GIL: “*La incidencia del Derecho comunitario en materia de contratos públicos ha supuesto un auténtico meeting point de tradiciones jurídicas diferentes, significadamente para Alemania y el Reino Unido. (...) La propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2011/0438 (COD), que pretende derogar la Directiva 2004/18/CE, da un paso más adelante en la dirección anteriormente apuntada y que, por tanto, afectará a la regulación española de contratación pública. Lo exige la misma perspectiva de poner el acento en la fase de preparación del contrato, determinada por el aseguramiento real del mercado único y la observancia de los principios comunitarios. En el capítulo IV, dedicado a la Gobernanza, la propuesta de Directiva se refiere a la necesidad de «mecanismos eficaces, accesibles y transparentes, que complementen el sistema en vigor para recurrir las decisiones tomadas por los poderes adjudicadores» (art. 83), asunto capital para la revisión de la consagrada prerrogativa de la Administración pública en los contratos administrativos. Para ello, los Estados miembros «designarán un único organismo independiente, responsable de la supervisión y coordinación de las actividades de ejecución» y «todos los poderes adjudicadores estarán sujetos a esa supervisión» (art. 84). En definitiva, la modificación no sería el resultado de un acto administrativo unilateral de la Administración, de carácter ejecutivo, impuesto por la Administración, en lo que consiste la prerrogativa. Permite establecer un equilibrio posicional, propio del contrato, también en el ámbito procesal, de acuerdo con el carácter del*

5.3. Discrecionalidade administrativa X autonomia pública contratual

Com o reconhecimento da ampla capacidade contratual da Administração e da flexibilização do regime de prerrogativas não se quer afirmar que a Administração goze de uma completa autonomia da vontade na atividade contratual. É claro que a Administração não é livre para pactuar tal como qualquer particular o seria. Entretanto, como um novo vetor da teoria geral dos contratos, há que se reconhecer, por outro lado, que a margem de liberdade contratual da Administração não pode ser hoje entendida e analisada à luz da fórmula tradicional da discrecionalidade administrativa.

No Brasil, o princípio da legalidade estrita e a supremacia do interesse público sempre foram utilizados para limitar – ou mesmo eliminar – qualquer margem de autonomia da vontade pela Administração. A liberdade de contratar para a Administração ficou reduzida a vontade calcada na lei e no interesse público, duas fórmulas capazes de eliminar qualquer exercício de “liberdade contratual”. Tal “liberdade” de contratar para a Administração pública estaria assim emoldurada por normas e princípios administrativos, sobretudo pela supremacia do interesse público, este visto como “*o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem*”⁷⁰⁰.

A margem de liberdade conferida ao administrador pela lei consistiria apenas na interpretação dos princípios e finalidades para se chegar objetivamente na definição de *interesse público* para determinado caso concreto⁷⁰¹. Ainda que se utilize conceitos imprecisos para definir a finalidade da norma, geralmente retratados em valores plurissignificativos (tais

contencioso-administrativo, como un proceso entre partes, rebasada su consideración como revisora del acto. (...) Lo que se propone es el abandono de las prerrogativas de la Administración pública en los contratos administrativos. En el caso de que los supuestos de modificación están previstos en la documentación nos encontraríamos en el juego normal del contrato. En esa documentación, que expresa la «voluntad» de la Administración como parte en el contrato, se contiene el interés público o general que aquella há de servir y que le vincula a ella y al contratista. Lo que se ha explicado tradicionalmente como prerrogativa se entiende como el juego de derechos y obligaciones en todo contrato”. MEILÁN GIL, José Luis. **Las prerrogativas de la administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión**. Revista de Administración Pública. n. 191, Madrid, mayo-agosto (2013), p. 11-41.

⁷⁰⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 62.

⁷⁰¹ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Autonomia decisória, discrecionalidade administrativa e legitimidade da função reguladora do estado no debate jurídico brasileiro**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 3, m. 12, p. 169-195, out/dez. 2005.

como a *moralidade pública* ou a própria noção de *interesse público*), a atuação do agente administrativo seria impositiva no sentido de “*praticar única e exclusivamente aquele ato que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei*”⁷⁰², muitas vezes – ou quase sempre – representada pelo próprio *interesse público*, e não qualquer ato dentre os comportamentos permitidos pela regra de direito.

A eleição da medida considerada idônea perante uma determinada situação fática para satisfazer a finalidade da lei seria uma ação praticada sob a interferência de um *juízo subjetivo* do administrador público⁷⁰³. Este juízo existe justamente porque a norma não conseguiria prever, com exatidão, qual o ato mais adequado à finalidade da norma em diferentes situações concretas, razão pela qual houve por bem transferir esse encargo ao administrador público. Mesmo nestes casos, porém, “*quando a lei regula discricionariamente uma dada situação, ela o faz deste modo exatamente porque não aceita do administrador outra conduta que não aquela capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal*”⁷⁰⁴. Como ensina Maria Sylvia Zanella DI PIETRO:

“a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por um entre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí porque se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei”⁷⁰⁵.

⁷⁰² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª ed, 7ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 33.

⁷⁰³ Id. Ibid., p. 17. Segundo este autor, a discricionariedade do agente administrativo, consubstanciada no seu juízo subjetivo, estaria presente nos seguintes casos: a) determinação ou reconhecimento da situação fática; b) decisão de agir ou não agir; c) escolha da ocasião certa para agir ou não agir; d) eleição da medida considerada idônea perante aquela situação fática, para satisfazer a finalidade legal.

⁷⁰⁴ Id. Ibid., p. 32.

⁷⁰⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 219. Em outro texto, a autora tratou do tema com ainda mais foco, em atenção às transformações por que passa o princípio da legalidade e, consequentemente, também a discricionariedade administrativa: “*Se a discricionariedade envolve certa margem de apreciação nos limites da lei e se o conceito de lei (e de legalidade) foi se ampliando com a evolução do Estado de Direito, a consequência inevitável foi a redução do âmbito da discricionariedade da Administração Pública, seguida da ampliação do controle judicial. Chega-se ao ponto de afirmar que não se pode mais cogitar de mérito do ato administrativo, como limite à apreciação dos atos administrativos pelo Poder*

A celebração de um contrato pela Administração Pública, por exemplo, configuraria típico ato de condução dos negócios públicos, ato que deveria atender e dar concreção a um interesse público efetivamente definido pela norma jurídica. A celebração de um instrumento contratual consubstanciaria uma atividade tipicamente administrativa e com alta carga de discricionariedade, executada sob as balizas da conveniência e oportunidade⁷⁰⁶. Ao administrador público recairia o ônus de vislumbrar uma necessidade coletiva a ser satisfeita, analisar criticamente diante das limitações econômico-financeiras e técnicas da Administração, e decidir na conformidade legal, mediante critérios de conveniência e oportunidade, qual a solução ótima a ser incluída como objeto e condições do contrato a ser celebrado. Não haveria, portanto, qualquer autonomia da vontade nesta conduta⁷⁰⁷, e sim apenas uma reduzida margem de liberdade de escolha dentro dos limites da legalidade, o que se traduz na fórmula da discricionariedade administrativa. Como destaca Almiro do COUTO E SILVA:

“A autonomia da vontade resulta da liberdade humana, que não é uma criação do direito, mas sim um dado natural, anterior a ele. O direito restringe e modela essa liberdade, para tornar possível sua coexistência com a liberdade de outros. Sobra sempre, porém, uma larga faixa que resta intocada pelo Direito. A Administração não tem essa liberdade. Sua liberdade é tão-somente a que a lei lhe concede, quer se trate de Administração Pública sob o regime

Judiciário, o que, evidentemente, constitui exagero inaceitável. Note-se que a mesma evolução do princípio da legalidade foi acompanhada pela evolução da discricionariedade administrativa, como não poderia deixar de ser. A paulatina ampliação do primeiro foi seguida da redução da segunda”. Da constitucionalização do Direito Administrativo: Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, e RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 184.

⁷⁰⁶ CARVALHO E SOUSA, Guilherme. **A liberdade de contratar para a administração pública: a autonomia da vontade no contrato administrativo**. RDA – Revista de Direito Administrativo, Belo Horizonte, v. 260, maio/ago. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 26 set. 2013. Para o autor: “A vontade (o querer administrativo) é simples complemento de um interesse público prévio (contido em lei). A liberdade está calcada nesse simples querer administrativo. Obtempera-se a liberdade a fim de se evitar o arbítrio. A conferência de máxima liberdade ao poder público, na forma como concedida ao particular, sem vinculação prévia a mínimos elementos contidos em lei, proporciona ampla discricionariedade que, nem sempre, coincide com o interesse público. Assim: Portanto, a proeminência do interesse público não faz única e exclusiva determinante. A vontade, ao declarar o querer administrativo, prende-se a procedimentos impostos por lei, completando o entendimento da validade no processo de legitimação contratual. A questão, se fosse apenas de vontade ou de querer administrativo, unilateralizaria a conduta pública, permitiria o arbítrio nas decisões que viriam a ser bilaterais”.

⁷⁰⁷ Segundo Maria Sylvia Zanella DI PIETRO: “O direito administrativo criou princípios e institutos que derogaram em grande parte postulados básicos do individualismo jurídico: o reconhecimento de privilégios para a Administração opõe-se ao ideal da igualdade de todos perante a lei (...); a imposição de normas de ordem pública para reger as relações contratuais afeta o princípio da autonomia da vontade”. **Do Direito Privado na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 1989, p. 43.

de Direito Público, de Direito Privado ou de Direito Privado Administrativo”⁷⁰⁸.

O problema se coloca, contudo, justamente no momento em que se reconhece a ampla capacidade contratual da Administração no contexto contemporâneo da contratualização da ação administrativa, quando a lei cada vez menos é capaz de regular todas as situações e atribuir, em cada caso, as margens de discricionariedade que orientarão a atividade contratual do administrador. Diante desse novo cenário de complexidade e multiplicidade, a discricionariedade administrativa torna-se incapaz de disciplinar e limitar a atividade contratual da Administração. Basta ver, por exemplo, situações em que nem mesmo o tipo contratual mais adequado para atender ao interesse público encontra-se disciplinado pela norma (contratos atípicos).

Os impactos da Administração-consensual sobre a teoria dos contratos administrativos, mormente a maior margem de consensualidade, impedem – ou pelo menos desaconselham – o emprego da fórmula da discricionariedade administrativa para limitar a margem de liberdade ou de disposição sobre a forma de melhor satisfação do interesse público pela via contratual. Diferentemente do ato unilateral, que por prescindir da participação do destinatário pode ser melhor conformado pela lei através da vinculação ou da discricionariedade, a utilização do contrato pressupõe o acordo de vontades e, portanto, maior margem de permeabilidade ao consenso (o consenso conforma o próprio acordo), o que corresponde a algo além da mera discricionariedade do administrador. No contrato não há mera expedição de vontade unilateral, há o cotejo com os interesses da contraparte com vistas a formação do vínculo que melhor atenda aos interesses de ambos.

No contexto da proposta de uma nova teoria geral que pretenda melhor explicar o fenômeno contratual da Administração sob o ponto de vista da formação da vontade

⁷⁰⁸ COUTO E SILVA, Almiro do. **Os princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo**. Revista da Procuradoria Geral do Estado, Porto Alegre, v. 18, n. 46, 1998, p. 19. No mesmo sentido, Lúcia Valle FIGUEIREDO argumenta que “*o ente público não pode contratar utilizando-se da autonomia da vontade, pois não detém vontade, porém, sim, competência. Consequentemente, tem finalidades constitucionais e legais a cumprir. O contrato, inclusive os interadministrativos, somente se justificam para implementar finalidades de interesse público. Fins públicos determinados nas normas de competência*”. **Renegociação das dívidas dos Estados-Membros da União e seus reflexos na execução da política orçamentária**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Curitiba, n. 5, 2000, p. 94-95. Também para Manoel de Oliveira FRANCO SOBRINHO: “*embora pacto consensual, o contrato administrativo supõe um interesse público. Não há, portanto, na esfera da Administração, ampla liberdade para contratar*”. **Contratos administrativos**, São Paulo: Saraiva, 1981, p. 13.

administrativa, faz mais sentido se falar em “autonomia controlada” ou “autonomia dirigida”, na expressão de GIANNINI, para diferenciá-la do conceito de discricionariedade administrativa. Para GIANNINI, a discricionariedade e autonomia pública contratual não podem ser confundidas, pois enquanto a primeira é uma qualidade de uma das espécies de “poderes não-livres”, a autonomia condiz com uma posição jurídica subjetiva, o que não significa que não tenha qualquer coisa a mais e a menos do que a autonomia privada dos particulares⁷⁰⁹.

De fato, a doutrina italiana é bastante profusa no tema da autonomia da vontade contratual da Administração. Talvez pelo fato de, naquele país, os contratos que são considerados no Brasil contratos administrativos seguirem regidos pelo Direito privado (embora cada vez mais derogados pelo Direito público⁷¹⁰), na doutrina italiana são bastante variadas as posições a respeito da admissibilidade da autonomia contratual da Administração,

⁷⁰⁹ GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto Amministrativo**. 2ª ed. Vol. I e II. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1988, p. 490e ss.

⁷¹⁰ Como sustenta BARDUSCO: “A figura do contrato é, no ordenamento italiano, uma figura substancialmente unitária, por isso é que as linhas essenciais da disciplina dos contratos da administração pública são individuais nos artigos 1321 e segg.. do código civil. Também por isso os negócios típicos que revestem-se de maior importância na vida dos entes públicos (...) a base normativa vem cercada na seção do código civil que disciplina as correspondentes figuras. Naturalmente a legislação privada é idônea a fornecer apenas a disciplina geral; essa é sempre derogável – e é de fato derogada em muitos setores – por conta de leis especiais que se destinam especificamente às administrações e aos entes públicos, com o fim de sobrepor a um regime particular a ação desenvolvida na forma e com os instrumentos de direito privado. O texto mais importante em matéria de contratos, com regras formais e detalhamentos quanto ao procedimento de formação como também ao regime em geral dos contratos da administração, é (...) a lei de contabilidade (ou apenas contabilidade). Este texto é vinculante para toda administração estatal (...)”. Tradução Livre – BARDUSCO, Aldo. **La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni: atti amministrativi e negozio di diritto privato**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, p. 36. Interpretando o sistema de contratos italiano e o regime aplicável, SÉRVULO CORREIRA tece importante conclusão para efeito de equiparação de alguns contratos da Administração celebrados na Itália (com fim de interesse público) com os contratos administrativos do Direito português: “No Direito Italiano, não se põe com a mesma acuidade do que no português, no francês ou no alemão, o problema do critério da qualificação dos contratos. Embora hoje a doutrina tenda a aceitar em abstracto a admissibilidade de contratos administrativos, continua a sustentar, na sua esmagadora maioria, que o legislador optou no entanto por manter nos quadros do Direito Privado a maioria dos contratos que em França ou na Alemanha são administrativos. Esta orientação da política legislativa não suscitaria demasiadas contradições devido ao enquadramento dos contratos – na maioria dos casos – num complexo procedimento administrativo, que assegura a prévia emissão de actos administrativos que definem o conteúdo do contrato e são sindicáveis através do contencioso administrativo. Ainda assim, a doutrina vê-se forçada àquilo que consideramos um expediente para poder sustentar a posição referida sem demasiada incongruência. Dado o crescente número de normas que se destinam unicamente a regular o conteúdo de tais contratos (e já não, apenas, normas orgânicas e processuais), considera-se que se trata de um ‘Direito Privado especial’ próprio da Administração. Segundo o nosso conceito de Direito Administrativo, exposto na rubrica seguinte, trata-se na realidade de normas pertencentes a esse ramo do Direito”. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coleção teses. Coimbra: Almedina, 2003, p. 388 e ss. Tal aproximação, que também poderia ser feita em relação ao contrato administrativo no padrão brasileiro, legitima a utilização da experiência e das lições da doutrina italiana em matéria de autonomia contratual da Administração e de seus limites.

havendo tanto quem a rejeite peremptoriamente (CAMMEO e FERRI)⁷¹¹, quanto quem a afirme plenamente. A segunda posição tem sido majoritária nas últimas décadas, ainda que se reconheça que tal autonomia experimenta uma limitação negativa maior do que aquela que se aplica aos particulares⁷¹².

Uma das mais completas defesas da tese da autonomia contratual da Administração na Itália é a formulada por Aldo BARDUSCO. Para o autor, em qualquer opção negocial da Administração pode detectar-se um momento de liberdade que não carece de qualquer explicação baseada na discricionariedade administrativa. Nas palavras do autor:

“Pode-se dizer que neste tipo de situação se verifica quase uma dialética entre a posição do ente público em relação ao negócio, que é de autonomia privada, portanto de liberdade, e a posição da autoridade administrativa em relação ao procedimento, que concorre para a formação da vontade negocial, que é de discricionariedade. (...) a ideia de discricionariedade é essencialmente diversa daquela de autonomia. A capacidade privada se manifesta através da autonomia negocial, e como tal – no ordenamento privado – é expressão de liberdade. A atividade administrativa se refere ao invés não ao princípio da liberdade, mas à discricionariedade. (...) Quando a administração estipula um contrato (...) renuncia implicitamente a fazer uso, na matéria regulada convencionalmente, dos poderes administrativos de que dispõe, para dar a mesma um sentido diferente. (...) A solução que se mostra de poder sustentar é esta: a capacidade privada de que são dotados os sujeitos públicos não é, por âmbito e característica, diversa daquela de qualquer pessoa jurídica privada. Em particular, a esfera da capacidade negocial privada de um ente público não pode considerar-se nem limitada a sua atividade que reentram especificamente no escopo do mesmo, nem reflete a amplitude o campo de operação de seus poderes administrativos⁷¹³.

Significa dizer: somente a lei é capaz de sujeitar a formação e a conclusão de um contrato a um procedimento administrativo prévio. Se não o fizer, a Administração possui uma capacidade contratual plena, ou seja, a celebração de contratos pela Administração independe de qualquer prévia autorização legal ou mesmo da emissão de um ato administrativo para conformar a sua atividade contratual, até mesmo quando se trate de um “negócio substitutivo”, isto é, de um negócio através do qual a Administração obtenha um resultado que também poderia atingir por meio de ato administrativo unilateral. Sempre quando a lei não sujeite a

⁷¹¹ Cf. SÉRVULO CORREIA, José Manuel. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coleção teses. Coimbra: Almedina, 2003, p. 506-507.

⁷¹² Id. Ibid., p. 507.

⁷¹³ Tradução livre – BARDUSCO, Aldo. **La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni: atti amministrativi e negozio di diritto privato**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, p. 32, 79, 81 e 89.

formação e a conclusão de um contrato a um procedimento administrativo prévio, a Administração tem, quanto a este contrato, uma capacidade contratual dotada de autonomia. Por outro lado, se a lei prevê que a vontade do contratante público deva ser formada através de uma série de atos administrativos nos quais o contrato deva encontrar as suas bases, a capacidade contratual da Administração sofre maiores limitações.

Os motivos que fundamentam esta posição são bem claros na obra do autor italiano: *“se se entende que a administração pública pode entrar em contrato privado em paridade com os privados, não se pode reservar-se ao interesse público alguma posição de supremacia em relação aos outros interesses representados no contrato”*⁷¹⁴. A partir daí, BARDUSCO conclui pela *“existência de um âmbito de autonomia privada de que também as pessoas jurídicas gozam a par de qualquer outro sujeito do ordenamento. Quais são os limites, também e sobretudo de direito público, que podem modificar a extensão da capacidade dos entes públicos é problema que reclama ulterior reflexão”*⁷¹⁵.

É certo que tal posicionamento não é encontrado apenas na doutrina italiana. Mesmo na França LAUBARDÈRE já salientava que *“o princípio da liberdade contratual se aplica aos contratos administrativos como aos contratos civis”*⁷¹⁶, ambos sujeitos às limitações decorrentes da lei. Em Portugal, SÉRVULO CORREIA, ao analisar os contratos atípicos com objeto passível de contrato privado no direito português, igualmente conclui que *“(...) a Administração tem apenas que não contrariar o Ordenamento vigente e que se conformar com o fim último da racionalização de meios a utilizar na escolha que lhe incumbe da atribuição ou das atribuições a prosseguir especialmente através do contrato. (...) a celebração e a estipulação traduzem um liberdade de acção contratual que, ficando aquém da autonomia privada (devido à vinculação finalística) passa para além das margens de discricionariedade administrativa”*⁷¹⁷.

⁷¹⁴ BARDUSCO, Aldo. **La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni: atti amministrativi e negozio di diritto privato**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, p. 241.

⁷¹⁵ Id. Ibid., p. 64.

⁷¹⁶ LAUBARDÈRE, André de; MODERNE, Frank e DEVOLVÈ Pierre. **Traité des Contrats Administratifs**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983, p. 676.

⁷¹⁷ SÉRVULO CORREIA, José Manuel. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coleção teses. Coimbra: Almedina, 2003, p. 634.

Quer-se com isso afirmar que, diferentemente da discricionariedade, entendida como a margem de liberdade conferida pela Lei para que o administrador possa escolher, entre duas ou mais alternativas já predeterminadas pela norma, qual a melhor solução a ser aplicada diante do caso concreto, a autonomia contratual da Administração ganha contornos diferentes justamente em função de um dado que a diferencia da prática do ato administrativo unilateral: a obtenção do consenso. Ora, se é verdade que para a formação do contrato a Administração cada vez mais se mostra aberta à negociação – o que podemos constatar, na prática, no capítulo III –, não apenas como participação formal no processo de formação de vontade (o que de resto acontece com atos administrativos decisórios), mas como efetivo processo de negociação contratual das condições e cláusulas que melhor atinjam aos resultados esperados com o contrato, claro está que a técnica da discricionariedade dá lugar, em matéria contratual, a uma discricionariedade bastante ampliada, bem próxima, vale dizer, da ideia de “autonomia”.

No Brasil, pouco se tem dedicado ao tema da autonomia contratual ou mesmo da discricionariedade administrativa em matéria contratual. Em geral, a doutrina limita-se a afirmar que a Administração Pública não goza de autonomia privada, tecendo críticas aos doutrinadores estrangeiros que buscaram melhor compreender este fenômeno. É o que afirma, por exemplo, Ricardo Marcondes MARTINS, para quem a proposta de José Manuel SÉRVULO CORREIA de utilização, para o campo contratual da Administração, da expressão autonomia pública para designar um suposto espaço de liberdade administrativa, incidiu em “equívoco comum”, na medida em que:

“não existe, por mais que alguns queiram que exista, *espaço de liberdade administrativa* similar ao *espaço de liberdade privada*. A Administração não é livre para decidir, pode, quando muito, ser livre para escolher. A possibilidade de escolha entre duas ou mais alternativas igualmente admitidas pelo direito, quer dizer, a *discricionariedade*, nada tem a ver com a *autonomia privada*. A ‘escolha’ da Administração sempre deve buscar a melhor forma de concretizar o interesse público e deve atentar para todas as *regras* e, principalmente, para todos os *princípios* jurídicos existentes no sistema. Não há ‘campos livres de atuação’, não há, enfim, ‘autonomia’. Sobre o tema é indispensável a leitura de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Discricionariedade e controle jurisdicional*, 1996, p. 32 *et seq.*)”⁷¹⁸.

⁷¹⁸ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Contratos administrativos**. Revista Brasileira de Direito Público-RBDP. Belo Horizonte, n. 18, ano 5. Julho / Setembro 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 28 fev. 2013.

Perceba-se, no entanto, que justamente a crítica acima transcrita constitui o objeto central das teses que sustentam a distinção entre discricionariedade administrativa e autonomia contratual da Administração. A crítica parece desconhecer o fato de que, ao rejeitar o conceito de discricionariedade para as relações contratuais e aproximar a margem de liberdade de que dispõe a Administração à noção de autonomia, não se pretende equiparar a autonomia pública à autonomia da vontade conhecida no ambiente privado. Os autores que defendem a tese da autonomia pública contratual citados acima, aliás, em inúmeras oportunidades deixam clara tal distinção. Para BARDUSCO, por exemplo, seguindo as lições de GIANNINI:

“para a administração pública a autonomia privada é – se de autonomia se pode falar – qualquer coisa diversa da autonomia contratual dos cidadãos privados, qualquer coisa de menos plena porque com a escolha que deve constituir a expressão particular (estipulação do contrato) interfere valorações e determinações que são expressões de um diverso regramento jurídico – o exercício de poder – e como tais se concretizam em atos administrativos. (...) O comportamento que o Estado e os outros sujeitos da administração pública tem em sede de constituição de relações contratuais não se comparam aquela de um particular qualquer. (...) em toda a atividade privada, em todas as iniciativas contratuais da administração, estão sempre presentes os interesses públicos. (...) Só em um sentido todo especial se pode falar, portanto, para os contratos privados dos entes públicos como de negócios fundados sobre um poder de autonomia privada: se trata de fato de uma autonomia que – a prescindir da possibilidade de assimilar-la aquela dos cidadãos privados (...), se desenvolve em um labirinto de atos autorizativos, consultivos, impulsivos, obstativos, repressivos etc”⁷¹⁹.

⁷¹⁹ BARDUSCO, Aldo. **La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni: atti amministrativi e negozio di diritto privato**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, p. 17, 9, 261 e 28, respectivamente. E prossegue o autor: “A diferença de posição que intercorre entre a administração e o particular cidadão no campo da atividade contratual se mistura sobre número e sobre tipo de atos administrativos que se apresentam no curso do processo de formação dos contratos dos quais a administração é parte. Isto não comporta que deva ser posta em discussão o princípio da capacidade privada da administração pública. A questão pode dizer-se assim, ao estado atual da evolução da ciência jurídica, definitivamente resolvida e fechada; e ninguém sensato ousaria reabri-la – ou também simplesmente re-invocá-la – nesta sede, quando o pressuposto mesmo sobre o qual a presente pesquisa se funda é que os contratos que a administração (...) estipula, possuem natureza privada, e portanto são expressão de uma capacidade privada” (p. 15). Para BARDUSCO, o reconhecimento da busca pelo interesse público com meios jurídico-privados (como os contratos) é a causa da origem do Direito Privado Administrativo na Itália: “Convém recordar que os caminhos da mais moderna doutrina já eram entrevistos, e em parte antecipados, por uma corrente científica surgida vários anos atrás: aquela segundo a qual se deve a identificação de duas categorias de atividades dos entes públicos, a atividade administrativa de direito privado, e a atividade privada. [Em nota]: (...) A sua importância está no haver assim revelado o fenômeno de uma influência do direito público sobre a atividade de direito privado da administração tal por suscitar problemas de validade substancial desta atividade, mas de haver contudo aclarado que isto ocorre apenas quando se trate de uma atividade substitutiva referente ao exercício de um poder público. (...) Afirmando que os entes públicos, como de resto cada pessoa jurídica, não são sujeitos consideráveis à mesma regra das pessoas físicas e que a relação entre a finalidade que constituem a destinação fundamental da pessoa jurídica pública e a sua atividade ao invés da questão de validade do negócio jurídico privado, esta doutrina teve o mérito de por em justa evidência as

No direito português, a conclusão da tese de José Manuel SÉRVULO CORREIA é ainda mais esclarecedora: *“Muito embora represente um momento intrinsecamente criativo, a autonomia pública constitui ainda um meio peculiar de aplicação de normas jurídicas dotadas de abertura e, portanto, conhece sempre uma margem de vinculação quanto ao fim e, também, na determinação do conteúdo, por princípios como os da imparcialidade e da proporcionalidade”*. (...) *A autonomia pública conhece, a par dos limites negativos, limites positivos de finalidade, imparcialidade e proporcionalidade*”⁷²⁰.

Por isso, mais do que negar peremptoriamente a autonomia contratual da Administração, assimilando-a – indevidamente, a nosso ver – à discricionariedade administrativa, considera-se mais adequado se falar em autonomia (ou qualquer outra designação que lhe queira emprestar) para associá-la – e isto sim é importante – a um campo da atividade administrativa em que há uma margem de liberdade menos conformada pelas normas legais (heteronomia) e mais direcionada pelas normas convencionais (autonomia), diferenciando-se, neste aspecto, do ato administrativo unilateral. Este [o ato] pode ser conformado pela norma através da vinculação das margens estritas da discricionariedade. Aquela [a autonomia] conhece limites menos densos na Lei, pois seu resultado depende substancialmente do acordo de vontades a ser formado entre as partes após o processo dialético de negociação. É apenas com este sentido – de maior autonomia em relação à Lei – que pode se falar que a autonomia pública contratual é algo mais “aberto” do que a fórmula da discricionariedade administrativa.

características da atividade desenvolvida pelos entes públicos em regime de direito privado” (p. 59). Certamente influenciado por estas ideias, Almiro do COUTO E SILVA observa que *“o impressionante crescimento dos serviços públicos induziu o Estado a buscar, nos repertórios do Direito Privado, conceitos, institutos e formas jurídicas capazes de dar maior agilidade à Administração estatal, especialmente à chamada Administração prestadora de benefícios e vantagens. O Direito Privado que se aplica ao Estado, quando este atua visando a realizar fins imediatamente públicos, não é, de regra, absolutamente igual ao que se aplica às relações entre particulares. (...) O Direito Privado Administrativo corresponde ao regime jurídico das empresas estatais no Direito brasileiro, porque ‘um Direito Privado adaptado à Administração Pública pela incidência de normas de Direito Público’*”. **Os princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo**. Revista da Procuradoria Geral do Estado, p. 18-19.

⁷²⁰ SÉRVULO CORREIA, José Manuel. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coleção teses. Coimbra: Almedina, 2003, p. 778-779. O autor define a autonomia pública contratual como *“a permissão da criação, no âmbito (...) dos contratos administrativos, de efeitos de direito não predeterminados por normas jurídicas e a titularidade e exercício do correspondente poder ou, por outras palavras, a margem de livre decisão na criação de efeitos de direito nas situações concretas regidas pelo direito administrativo”* (p. 778).

Por outro lado – e esta parece ser a nota principal –, a atividade da Administração continua sempre vinculada e limitada à finalidade da ação administrativa, extraída do ordenamento, bem como aos princípios que regem e orientam a declaração de vontade da Administração. Aqui reside o aspecto fundamental do tema da autonomia pública contratual, enquanto margem de liberdade para a Administração agir por via do contrato, inclusive em termos de negociação das condições em que o contrato deverá se desenvolver.

O tema é paradoxal pois, ao mesmo tempo que a autonomia pública contratual significa algo mais aberto do que a discricionariedade em relação a vinculação à lei em sentido estrito, ela pode ser considerada mais limitadora do que a própria discricionariedade na medida em que a atividade fica menos sujeita ao juízo de conveniência e oportunidade do administrador – o que é próprio da discricionariedade – e mais ao resultado da negociação estabelecida consensualmente junto a outra parte. A ação consensual da Administração reduz o campo de liberdade do administrador, que passa a não decidir baseado apenas em critérios de conveniência e oportunidade, mas também leva em conta o próprio resultado do consenso para melhor decidir acerca do interesse público a ser prestigiado em dada situação. Sob este viés, a autonomia pública contratual é algo menos do que a discricionariedade administrativa em termos de margem de liberdade para o administrador agir. Para ser corretamente entendido à luz do princípio da legalidade, o conceito de autonomia pública contratual deve ser compreendido como maior margem de produção “autônoma” das normas que regerão a atuação da Administração pela via contratual (maior autonomia em relação à lei), porém menor autonomia do administrador para decidir os rumos da atividade se comparado ao modelo de produção heterônoma de normas (próprio da discricionariedade).

Embora seja verdade que a própria noção de discricionariedade tenha sofrido este paradoxo nos tempos recentes⁷²¹, ficando menos vinculada à legalidade em sentido estrito e

⁷²¹ O paradoxo é bem identificado por Sérgio GUERRA, para quem: “*Se essa premissa é verdadeira (direito é mais do que disciplinado na lei), não há como identificar compatibilidade entre os pilares de sustentação da discricionariedade administrativa – oportunidade e conveniência –, que estruturam o mérito da escolha discricionária, com o atual contexto jurídico-constitucional pós-moderno da função executiva estatal. Contudo, de acordo com a nova compreensão do Direito Administrativo no (neo)constitucionalismo e de modo aparentemente paradoxal, se de um lado há uma tendência a se buscar a redução da discricionariedade na atuação do administrador público, de outro lado, a complexidade cotidiana, que conduz ao permanente ambiente de ambivalência, impõe uma maior atuação e espaço para a escolha administrativa*”. GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade administrativa – limitações da vinculação legalitária e propostas pós-positivistas**. In:

mais adstrita ao Direito como um todo, ao mesmo tempo em que sofre maiores limitações pela introdução do elemento consensual na formação do ato unilateral para fins de atendimento do interesse público⁷²² – o que acaba aproximando o conceito de discricionariedade à noção de autonomia contratual aqui destacada –, preferimos utilizar conceitos jurídicos distintos para demarcar diferentes formas de agir da Administração, empregando a noção de discricionariedade para a atuação da Administração por via de atos unilaterais, e o conceito de autonomia pública para o âmbito da atividade contratual da Administração⁷²³. Ainda que as diferenças pareçam sutis no panorama atual, a atribuição de distinta denominação – desvinculada da noção clássica de discricionariedade – parece consistir num passo importante para a evolução do estudo do fenômeno contratual na dimensão de um novo paradigma teórico dos contratos administrativos.

Em todo caso, mais importante do que a discussão em torno da denominação a ser empregada a esta margem de liberdade conferida à Administração quando contrata – “discricionariedade” ou “autonomia” –, é procurar conformar o seu alcance e delinear os seus limites. Bem entendidas e identificadas as suas fronteiras, nada haverá de despropositado ou liberal no reconhecimento de uma “autonomia contratual” própria da Administração. É preciso, portanto, para bem compreender a definição, identificar os limites da autonomia contratual da Administração que a diferenciam da autonomia privada e ao mesmo tempo demarcam a sua peculiaridade em relação à fórmula clássica da discricionariedade administrativa.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 205-240.

⁷²² Sobre o consenso como elemento redutor da discricionariedade administrativa, confira-se a lição de Odete MEDAUAR: “a atividade de consenso-negociação entre Poder público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação e definição de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões”. MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo em evolução**. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 211.

⁷²³ O equívoco daqueles que negam tal reconhecimento parece consistir em associar a autonomia pública contratual à autonomia privada, como se a “autonomia” não pudesse encontrar limites objetivos no ordenamento – o que não é verdade nem mesmo no ambiente privado –, incidindo no mesmo equívoco daqueles que inadmitem o contrato na esfera da Administração por considerá-lo um conceito restrito ao ambiente de atuação dos sujeitos privados. Esta é, segundo entendemos, uma leitura reducionista do verdadeiro sentido da autonomia pública contratual que a doutrina estrangeira não tem poupado esforços em reconhecer e delimitar.

5.4. Limites à autonomia pública contratual: o mínimo de vínculo com o Direito público

A nosso ver, o caminho para tal demarcação parece consistir na tentativa de identificação e agrupamento das vinculações ao Direito público que a Administração deve sempre respeitar quando contrata, em cinco vertentes principais (sem prejuízo de outras delas decorrentes): (i) vinculação da Administração à Lei e aos princípios que orientam a ação administrativa; (ii) vinculação à finalidade de interesse público prevalecente na situação concreta; (iii) vinculação com regras e formalidades de contratação; (iv) observância de procedimentos administrativos de negociação e contratação; e (v) necessidade de sujeição de todo e qualquer contrato ao controle pelos órgãos legitimados.

É claro que mesmo tais vinculações ao Direito público mostram-se bastante desafiadoras quando analisamos qual o grau de vinculação da Administração em cada uma dessas vertentes, mormente em razão da dificuldade em se estabelecer parâmetros precisos e comuns a todas as espécies de contratos existentes no ordenamento jurídico (ou ainda nem sequer previstas). Por outro lado, note-se que, para efeito de uma teoria geral, importa que tal demarcação seja feita a partir do agrupamento dos limites à autonomia pública contratual reconhecíveis em qualquer manifestação de atividade contratual da Administração, ou seja, independentemente do tipo contratual que se trate. Assim, as balizas da “autonomia” reconhecida à Administração para determinar o objeto do contrato e negociar as condições de execução devem ser comuns a todas as espécies contratuais, pois somente assim fará sentido se falar em uma *teoria geral do contrato administrativo*.

5.4.1. Vínculo com a legalidade

Pouco há a se acrescentar ao tema da legalidade. Tudo o que havia a dizer foi dito quando cuidamos (i) da crise desse princípio diante de sua ampliação para o princípio da juridicidade, segundo o qual todo o Direito e, portanto, todas as regras e princípios da ordem jurídica devem ser considerações pela Administração quando atua; (ii) do reconhecimento da ampla capacidade contratual da Administração, que torna a atividade contratual da Administração uma atividade livre de comandos normativos autorizativos, sem os quais a

Administração não poderia agir pela via contratual; (iii) da noção de autonomia pública contratual que se procurou aqui delinear, a partir da qual a margem de liberdade da Administração para dispor sobre as condições no contrato encontram contornos mais amplos do que a ideia restrita de discricionariedade.

Ainda assim, é preciso reconhecer que a Administração, em qualquer desses casos permanece vinculada à Lei em sentido formal sempre que ela [a Lei] impuser comandos normativos direcionados à atividade contratual da Administração, por exemplo vedando a celebração de determinadas espécies de contratos ou impondo o regime jurídico a ser observado pelas partes ou as condições a serem incluídas em determinadas contratações. Em casos tais, onde a lei expressamente ditou o caminho, formatada estará, de antemão, a atividade contratual da Administração, hipótese em que a sua capacidade para contratar estará, desde logo, autorizada ou proibida, e a sua autonomia para negociar as bases do acordo, bastante reduzida. Afinal: *“ora o ordenamento jurídico atua, deixando mais larga margem de participação à vontade humana, e desenha o zoneamento das obrigações nascidas do contrato ou da declaração unilateral de vontade; ora procede na criação de obrigações em cuja formação avulta da vontade da lei”*⁷²⁴.

A questão se coloca mais complexa, no entanto, justamente quando a lei não ditou o caminho, o que sói ocorrer diante da complexidade e diversidade de demandas da Administração contemporânea, que se avolumam diariamente ante a lentidão do processo legislativo, ou mesmo ante a incapacidade do legislador [mais do que justificável] de prever todas as situações em que poderia a Administração se valer da via contratual para, a partir daí, autorizar-lhe a contratação e determinar-lhe o regime jurídico. Como bem salienta MOREIRA NETO:

“Concebida a lei como fonte de legalidade, mas não mais como a única referência de legitimidade, muito distinta se torna a interpretação dos antigos institutos contratuais administrativos daqueles que se aplicam aos modelos renovados e inovados hoje praticados, notadamente quando é imperioso que substanciais insumos técnicos e financeiros devam ser atraídos e colhidos junto à sociedade e aos agentes econômicos privados mediante o emprego de elaboradas fórmulas legais e contratuais de composição desses caleidoscópicos interesses permanentemente emergentes. (...) Resulta

⁷²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 2.

evidente, pois, que, nessas novas circunstâncias, **difficilmente pode caber à lei estabelecer tipos contratuais rígidos**, tal como ocorria no passado, senão que, tendo em vista as multiplicadas finalidades específicas a que se destinam tais contratos, **torna-se inconveniente, inútil ou, pelo menos, problemático, que o legislador se substitua ao administrador para impor cláusulas contratuais**, sem atentar para as características de cada avença⁷²⁵.

Porém, mesmo nessas circunstâncias, ainda que se reconheça a possibilidade da Administração agir pela via contratual mesmo quando inexistente lei autorizativa ou conformação legal do conteúdo e do regime do contrato a ser firmado, não se nega que a Administração deva sempre ficar vinculada ao bloco da legalidade em seu sentido amplo (de vinculação ao Direito). Afinal, a consagração constitucional dos princípios da igualdade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, ao lado dos princípios da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade, da razoabilidade, da motivação⁷²⁶ e da participação dos cidadãos nas deliberações, conduz a que não seja diferente na atividade contratual da Administração. Para evitar repetições desnecessárias, remetemos o leitor ao quanto já foi dito nos tópicos 2.1.1, 5.1 e 5.3 a este respeito.

5.4.2. Vínculo com a finalidade de interesse público

Entre todos os princípios da Administração Pública, afigura-se de primordial importância em matéria de contratos o princípio da vinculação ao atendimento da finalidade de interesse público, obtido a partir do recurso à ponderação motivada a que outrora nos referíamos (ver tópico 2.2). Ora, se “*o poder público não pode escapar à noção das funções-*

⁷²⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Políticas Públicas e Parcerias: Juridicidade, Flexibilidade Negocial e Tipicidade na Administração Consensual**. BLC – Boletim de Licitações e Contratos, Ano XXI, nº 1 – Janeiro/2008, p. 35.

⁷²⁶ Pela motivação se percebe como e quando determinado fato, documento ou alegação influi sobre a decisão final. A motivação propicia o reforço da transparência administrativa e do respeito à legalidade, emergindo dela o enunciado das normas jurídicas que levaram a Administração a adotar uma decisão, sua pertinência aos fatos fundamentadores e o iter lógico seguido no processo. Vale lembrar que uma das primeiras exigências legais de motivação foi trazida pela lei austríaca de processo administrativo de 1925, por influência, sobretudo, da escola de Viena. De igual modo, a lei de processo administrativo norte-americana impôs às decisões das *agencies*, desde 1946, a necessidade de exposição das razões ou bases de todas as questões de fato e de direito apresentadas no expediente. No ordenamento Francês, a lei de 11 de julho de 1979 trouxe reviravolta na diretriz até então predominante, pois tornou obrigatória a motivação explícita das decisões individuais que restrinjam o exercício das liberdades públicas. No Brasil, houve tentativa de introduzir na Constituição de 1988 a regra da motivação suficiente como princípio da Administração Pública. Não obstante, nem mesmo a ausência de previsão expressa na Constituição Federal é capaz de elidir a exigência de motivar nas atuações administrativas. Para mais, ver: MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**, 2ª edição, ver., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

fins”⁷²⁷, é forçoso concluir ser “*hoje absolutamente indiscutível que a Administração Pública existe sempre para prosseguir o interesse público e que a ideia de que esse interesse público é o seu norte, o seu guia, o seu fim não pode deixar de aplicar-se em relação a toda e qualquer ação administrativa*”⁷²⁸. Como destaca SÉRVULO CORREIA:

“(...) o contrato administrativo encontra-se sempre submetido à observância de um fim positivamente determinado pelo Ordenamento Jurídico pois que, de outra forma, escaparia ao “indirizzo” político a que a legalidade serve de instrumento, deixaria a descoberto a proteção do “status positivus” (e, eventualmente, do “negativus”) e fugiria aos requisitos de previsão genérica a abstracta que garantem a prossecução de interesses públicos pelas condutas concretas de direito administrativo”⁷²⁹.

O vínculo com o fim de interesse público encerra a própria finalidade da ação administrativa, o que, em matéria contratual, traduz-se – em última instância –, na satisfação da necessidade coletiva objetivada com o contrato, daí o seu estreito relacionamento com os direitos fundamentais⁷³⁰. Em que pese a dificuldade em se identificar o interesse público a ser prestigiado com o contrato administrativo ante a multiplicidade de demandas da Administração atual, bem como da crise da noção de supremacia do interesse público e de exclusividade do Estado na sua identificação diante do caso concreto, é certo que “*as outorgas constitucionais de competências à Administração (...) não são meras autorizações formais para agir em prossecução do interesse público em cada uma delas implícito, mas, muito mais do que isso, são comandos para efetivamente realiza-lo*”⁷³¹.

⁷²⁷ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Poder Público, serviço público: crise e conciliação**. RDE: Revista de Direito do Estado, Ano 1, nº 4:387-401, out/dez 2006.

⁷²⁸ ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado – Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública**. Coleção Teses. Coimbra: Editora Almedina. 1999, p. 172-173.

⁷²⁹ SÉRVULO CORREIA, José Manuel. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coleção teses. Coimbra: Almedina, 2003, p. 785.

⁷³⁰ Na pertinente observação de Daniel SARMENTO: “(...) a correta inteligência do que seja o interesse público vai apontar não para a ocorrência de colisão, mas sim para a convergência entre este e os direitos fundamentais dos indivíduos. Isto porque, embora tais direitos tenham valor intrínseco, independentemente das vantagens coletivas eventualmente associadas à sua promoção, é fato incontestado que a sua garantia, na maior parte dos casos, favorece, e não prejudica, o bem-estar geral. As sociedades que primam pelo respeito aos direitos dos seus membros são, de regra, muito mais estáveis, seguras, harmônicas e prósperas do que aquelas em que tais direitos são sistematicamente violados”. SARMENTO, Daniel. **Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 97-143.

⁷³¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Políticas Públicas e Parcerias: Juridicidade, Flexibilidade Negocial e Tipicidade na Administração Consensual**. BLC – Boletim de Licitações e Contratos, Ano XXI, nº 1 – Janeiro/2008, p. 37. Acerca da necessidade de realização do interesse público na atividade consensual, Luciano

Por isso, na formação e negociação das condições de todo contrato, deve a Administração antes procurar identificar o fim de interesse público a ser satisfeito pela via contratual – resultado da ponderação entre o interesse coletivo e eventuais direitos individuais com ele colidentes⁷³² – para, a partir daí, balizar a concepção e o desenvolvimento do contrato administrativo tendo sempre o interesse público como o seu norte. É neste sentido, aliás, que a ampliação da consensualidade em matéria de contratos administrativos desempenha um papel fundamental não só no processo de identificação do interesse público como também na escolha dos meios mais eficientes para melhor satisfazê-lo⁷³³.

5.4.3. Vínculo com regras e formalidades de contratação

Uma terceira vinculação da atividade contratual da Administração com o Direito público, embora não se refira ao instrumento contratual em si, mas sim sobre o sujeito que contrata (Administração), projeta sobre ele [contrato] efeitos jurídicos relevantes, capazes de diferenciá-los em relação a qualquer outro contrato celebrado entre particulares. São regras e formalidades próprias do Direito Administrativo, aplicáveis à generalidade dos contratos de que a Administração Pública participa pelo mero fato do Poder Público figurar como parte no contrato.

No Brasil, as condições e formalidades geralmente identificadas pela doutrina, aplicáveis, em regra, para todos os contratos da Administração (salvo exceções disciplinadas na própria lei) são: (i) competência do agente para celebrar o contrato; (ii) necessidade de prévio

Parejo ALFONSO tece as seguintes considerações: “(...) *la causa del acto administrativo consensual es, conforme nos consta, el interés público que em el caso deba ser realizado y la definición de ese interés depende de la lógica del desarrollo constitucional y, por tanto, del ordenamiento jurídico, lo que remite nuevamente a la regulación – de densidade variable – de que cada matéria sea objeto y, por tanto, a los valores y bienes que el Derecho proteja en ella; valores y bienes que pueden motivar la exclusión de la técnica convencional como forma de actividad idónea para su realización*”. **Los Actos Administrativos Consensuales en el Derecho Español**, In: Revista de Direito Constitucional & Administrativo, nº 13, Belo Horizonte: Fórum, julho a setembro de 2003, p. 31.

⁷³² Este é o conceito de interesse público para BARROSO, para quem a definição não é mais o sinônimo de interesse coletivo, mas corresponde à “*melhor situação possível à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao intérprete cabe preservar ou promover*”. Para que tal identificação da vontade constitucional seja possível, BARROSO defende a necessidade de se ponderar os direitos fundamentais com os interesses coletivos, por isso o seu conceito de interesse público corresponder ao resultado desta ponderação. Prefácio da obra de SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos ‘versus’ Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro, Lumem Juris, 2005, p. 7-18.

⁷³³ Também por isso, vale reafirmar, a vinculação com o fim de interesse público em matéria contratual não relativiza ou rivaliza com o princípio da indisponibilidade do interesse público.

procedimento licitatório para escolha do contratado; (iii) obediência à forma prescrita em lei; e (iv) publicidade; além dos demais requisitos aplicáveis a qualquer contrato (objeto lícito e possível, livre consentimento etc). Embora com algumas variações⁷³⁴, os autores não divergem em reconhecer pelo menos estas vinculações “formais” com o Direito público em todo e qualquer contrato celebrado pela Administração, tornando possível identificá-las, também, como elementos limitadores da autonomia pública contratual no âmbito da teoria geral dos contratos da Administração aqui delineada.

5.4.4. Procedimentalização das etapas da contratação

É certo que, até bem pouco tempo atrás, a noção tradicional do chamado regime jurídico-administrativo⁷³⁵ funcionou como fator inibidor do desenvolvimento das ideias favoráveis à uma maior penetrabilidade dos administrados no desempenho das funções públicas e nas definições dos rumos do Estado. No entanto, o nascimento de uma sociedade pluriclasse, na qual coexistem cada vez mais interesses distintos – coletivos ou individuais –, com a

⁷³⁴ Para Maria Sylvia Zanella DI PIETRO: “(...) existem algumas formalidades que são exigidas, não pela natureza do contrato, mas pela presença da Administração e pela finalidade pública que ela tem que atender; é o caso da licitação, da forma, da motivação, da publicidade. (...) Ambos são celebrados intuitu personae, objetivam fins públicos, submetem-se a formas mais ou menos rígidas estabelecidas em lei. (...) sob o aspecto formal, exige-se para todos os contratos da Administração, pelo menos, a forma escrita; (...) Com relação às formalidades e procedimentos para celebração do contrato, também não há distinção; todos eles estão sujeitos, em maior ou menor grau, a observância de requisitos em lei para a sua validade, como autorização legislativa, quando for o caso, avaliação, licitação, motivação, indicação de recursos orçamentários, aprovação pelo Tribunal de Contas. Também no que concerne à competência, as regras são as mesmas, pois, em direito administrativo, toda a competência resulta da lei”. **Do Direito Privado na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 1989, p. 138; Para Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA: “Tanto os contratos administrativos, como os contratos de direito privado celebrados pela Administração, são regidos por certas regras de Direito público, concernentes à Administração como parte do contrato. São regras sobre: competência do agente; livre consentimento (e respectivos vícios); objeto lícito e possível; motivos determinantes, vinculados ao interesse geral; e forma”. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro**. São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 142; Carlos Ari SUNDFELD, ao opinar sobre os contratos privados da Administração, refuta a distinção entre eles e os contratos administrativos justamente por reconhecer que ambos estão vinculados ao regime de Direito Administrativo, especialmente no que toca às condições e formalidades para a contratação: “*Quaisquer contratos da Administração estão, em todas as etapas de sua vida, sujeitos à observância do regime do direito administrativo, donde a impropriedade (e o perigo) de definir uma parcela deles como privados. A doutrina, inclusive brasileira, já vem reconhecendo que, mesmo nos ditos contratos estatais privados, incidem regras de direito administrativo, especialmente no tocante às condições e formalidades para a contratação (como a definição da competência para celebrar o ajuste, a necessidade de licitação, etc) e a seu controle (através do Tribunal de Contas, p.ex.), o que é correto. Mas ainda persiste a idéia de que seu conteúdo seria determinado pelo direito privado. Parece-nos falsa essa visão, eis que os princípios e regras de direito público, ao incidirem nos contratos comuns, acabam por construir um regime novo, tipicamente administrativo, também para seu conteúdo*”. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 201.

⁷³⁵ Marcado, lembre-se, pela posição de supremacia da Administração em relação aos particulares e pela presença de prerrogativas que lhe conferem poderes suficientes para o alcance das finalidades de interesse público.

necessidade cada vez maior de intervenção estatal em diferentes campos econômicos e sociais, transformam o procedimento administrativo⁷³⁶ no instrumento adequado para que se possa identificar os interesses públicos legítimos existentes e, com base neles, ponderar qual interesse merece prevalecer no caso concreto.

Em matéria de contratações públicas, à medida que se reconhece uma maior autonomia pública para a Administração celebrar contratos independentemente de prévia conformação legislativa – como imperativo para satisfação das necessidades coletivas e dos direitos fundamentais –, há necessidade de “*evitar a todo custo o arbítrio e as necessidades de controle passam a exigir, cada vez mais, esquemas pormenorizados de regras procedimentais*”⁷³⁷. Quanto mais a atividade da Administração se contratualiza, mais se torna necessário o estabelecimento de parâmetros e regras de atuação para evitar a má utilização das vias consensuais, e ao mesmo tempo possibilitar a efetiva participação dos interessados na

⁷³⁶ Preferimos utilizar a expressão “procedimento” ao invés de “processo” com o sentido amplo cunhado por BENVENUTTI. Não se desconhece que as controvérsias em torno dos termos “processo administrativo” e “procedimento administrativo” ocorrem há muito tempo no âmbito do Direito Processual e do Direito Administrativo, tanto em aspectos terminológicos quanto em aspectos substanciais. Mas foi a partir das idéias de Feliciano BENVENUTI (**Funzione Amministrativa, Procedimento, Processo**. Rivista Trimestrale di Diritto Amministrativo, 1952) que o procedimento readquiriu o seu prestígio científico. Para este autor, os atos emanados do poder estatal, como as leis e sentenças, consistem na concretização da entidade abstrata que é o poder, transfundindo-se em ato, o qual representa a aplicação pontual de um poder a uma realidade. Esta transformação de poder em ato, de modo não-instantâneo, denomina-se “função”. O procedimento consistiria precisamente na série de atos necessários para a transformação do poder em realização concreta, o que ocorreria em todo exercício de uma função. Utilizando-se de um critério de colaboração dos interessados, BENVENUTI afirma que o procedimento pode diferenciar-se em procedimento em sentido estrito e processo. O procedimento em sentido estrito tem como elemento característico a sucessão de atos, realizados todos pelo mesmo sujeito a quem compete editar o ato final, independente de se tratar de um só órgão ou mais órgãos de um mesmo sujeito. Por outro lado, o processo consistiria na atuação de sujeitos diversos daquele a quem compete editar o ato. Os próprios destinatários teriam a possibilidade de participar da concretização do poder no ato determinativo de sua posição. Processo seria, assim, colaboração dos interessados. A partir de uma evolução do critério distintivo traçado por BENVENUTTI, outros autores introduziram o critério do *contraditório* para diferenciar o processo do mero procedimento, segundo o qual não basta para distinguir o processo a colaboração de muitos sujeitos destinatários do ato, pois o que caracterizaria o processo seria a estrutura dialética do procedimento. Ao qualificá-lo como elemento fundamental do conceito de processo, o contraditório passa a representar fator indispensável de participação na formação do material com base em que a causa será definida ao final pelo juiz ou pelo administrador. Com inspiração nas idéias de BENVENUTTI e FAZZALARI, Odete MEDAUAR, por exemplo, conclui o seu critério para diferenciação entre procedimento e processo, compreendendo o primeiro como “*a sucessão necessária de atos encadeados entre si que antecede e prepara um ato final, expressando-se como processo se for prevista também a cooperação de sujeitos, sob prisma do contraditório*”. MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**, 2ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 43. Embora se reconheça, em muitos casos, a participação dos interessados na formação do contrato administrativo como um verdadeiro procedimento dialético, preferimos passar ao largo desta discussão de conceitos – que certamente é muito mais ampla do que poderíamos aqui discutir – para adotar a concepção ampla de procedimento administrativo tecida por BENVENUTTI, enquanto gênero.

⁷³⁷ ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o direito privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública**. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2009, p. 252.

formação da vontade estatal de contratar e do conteúdo do contrato administrativo a ser celebrado.

A partir do maior reconhecimento da importância do consenso na atividade contratual da Administração – não apenas como adesão às regras contratuais estabelecidas unilateralmente pela Administração, mas na própria concepção e determinação das condições em que o contrato deverá ser executado, bem como do regime jurídico a ser observado na relação contratual –, torna-se necessário o estabelecimento de regras procedimentais claras e objetivas, tanto para garantir transparência à atuação da Administração pela via contratual, quanto para melhor motivar a escolha ponderada pela adoção da via contratual em detrimento do ato unilateral (quando a opção do ato está ao alcance da Administração), ou ainda para permitir o melhor atendimento do interesse público a partir do diálogo e da composição de interesses com a outra parte no momento de formação do vínculo contratual.

O procedimento administrativo representa, assim, a viabilização da atuação consensual legítima e a garantia do princípio da legalidade, porque significa atuação parametrizada da autoridade administrativa, em contraposição à atuação livre, em tese mais suscetível ao arbítrio. Além de um maior controle da legalidade, o vínculo entre procedimento administrativo e Estado de Direito revela-se a partir de inúmeras vertentes, dentre as quais a igualdade dos sujeitos que dele participam, para os quais são oferecidas idênticas oportunidades de apresentar argumentos e pontos de vista, e a garantia dos direitos fundamentais, na medida em que a própria atuação parametrizada já fornece condições para o administrado pleitear o reconhecimento de direitos na esfera administrativa.

Ao menos três etapas distintas podem ser identificadas como passíveis de procedimentalização em decorrência da introdução da consensualidade. A **primeira** corresponde à fase “interna” de formação da vontade de contratar, que se inicia na tomada de decisão administrativa de contratar e se encerra na decisão sobre os requisitos formais necessários para a contratação e o conteúdo (cláusulas e condições) do contrato a ser firmado. A **segunda** etapa consiste no momento de formação do vínculo com a outra parte, que tem início no processo de escolha do co-contratante da Administração e finda-se com a formalização do instrumento contratual junto ao vencedor do certame. Por fim, a **terceira** etapa corresponde ao momento de execução do contrato administrativo celebrado, sempre quando

houver necessidade de alteração das condições previamente definidas ou de terminação antecipada do vínculo convencional.

É claro que, quando inexistente obrigatoriedade de procedimento licitatório (hipóteses de dispensa ou inexigibilidade), as duas primeiras etapas se fundirão em uma só, que compreenderá a negociação direta das condições do contrato a ser firmado (cláusulas contratuais) e a formalização (assinatura) do vínculo contratual. Neste caso, devido à maior margem de consensualidade na formatação das condições em que o contrato deverá se desenvolver, a procedimentalização se torna ainda mais relevante, pois deve ser garantida a lisura da negociação das cláusulas contratuais e a ampla motivação acerca das escolhas tomadas pela Administração em relação às condições e ao regime jurídico a ser observado pelas partes durante a contratação (sempre respeitada a legalidade).

Em todas as etapas acima é possível notar o aumento expressivo da consensualidade, entendida tanto como forma de participação na tomada de decisão administrativa, quanto de substituição do ato unilateral pelo contrato (contratualização), a exigir e justificar a previsão de regras procedimentais para subsidiar e fundamentar a atividade contratual da Administração. Na primeira etapa, por exemplo, cujo ato envolve desde a determinação dos motivos de interesse público capazes de fundamentar a contratação, até a exposição de “o quê” e de “como” será formalizado o instrumento contratual com o co-contratante da Administração, abre-se cada vez mais espaço para que a decisão administrativa e a formatação dos termos do contrato se perfaçam não pela ação unilateral e exclusiva da autoridade competente, mas sim através da participação dos interessados na fase “interna” da tomada de decisão administrativa sobre a conveniência e a oportunidade da adoção do modelo considerado mais adequado de contratação.

Embora tradicionalmente o ato de optar pela contratação e de escolha da modelagem técnica, econômica e jurídica do contrato tenha sido considerado por muito tempo uma típica manifestação da autoridade, conferida pela lei ao administrador (discricionariedade), bastando para a prática do ato a confrontação dos aspectos formais de sua aplicação (competência, forma, objeto do ato) com a motivação consubstanciada nas finalidades de interesse público prescritas pela lei, no atual estágio de desenvolvimento da sociedade contemporânea não se cogita mais que o Estado consiga, sozinho, planejar e modelar do modo mais eficiente todas as

diferentes e complexas formas ou alternativas de contratação. Nem mesmo se pode cogitar que o Estado seja capaz de identificar de maneira precisa todos os déficits de demandas sociais, de forma a atender às necessidades coletivas do modo mais eficiente e satisfatório.

Assim, para imprimir maior permeabilidade à fase decisória, e permitir a maior participação dos interessados ainda na “fase interna” do procedimento de contratação pública, ou seja, nas próprias formulações técnica, jurídica, econômica e operacional que antecedem e fundamentam o procedimento licitatório seguinte, surgiram entre nós os chamados Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMIs) e as Manifestações de Interesse da Iniciativa Privada (MIP)⁷³⁸, por meio dos quais a Administração convoca os interessados a apresentarem propostas em condições previamente estabelecidas (PMIS) ou faculta ao próprio particular a apresentação de sugestões de “o quê” e “como” deve ser prestado um serviço ou obra pública (MIPs), na maior expressão de colaboração público-privado⁷³⁹.

⁷³⁸ São as conhecidas *unsolicited proposals* do Direito comparado. Lino TORGAL e Marisa Martins FONSECA as definem como: “*manifestações de interesse espontaneamente apresentadas por particulares junto da Administração, com o propósito de estimular a decisão desta abertura de um procedimento administrativo tendente à celebração de um contrato naquelas baseado ou inspirado e pelo qual um particular colaborará na realização de atribuições administrativas. Ou seja, as mesmas representam manifestações de interesse da iniciativa privada no quadro de (pré-)exercício da atividade (pré-)contratual administrativa, com naturais repercussões nos termos (e, em particular, nas condições de eficiência, eficácia e competitividade desse exercício)*”. **Contributo para um Regime de Contratação de Concessões de Obras e de Serviços Públicos na Sequência de Propostas não Solicitadas (Unsolicited Proposals)**. In: Estudos de Homenagem ao Professor Doutor José Manuel Sérvulo Correia, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 531.

⁷³⁹ O procedimento geralmente adotado se inicia com a apresentação pelo interessado de uma proposta referente à execução de um projeto de interesse público junto ao órgão competente. A segunda etapa consiste na análise administrativa da proposta apresentada e, dentro de determinado prazo, na tomada de uma decisão preliminar de aceitação ou de rejeição da proposta do particular. No caso de aceitação preliminar da mesma, segue-se, então, o convite administrativo à apresentação de uma proposta detalhada, e a necessidade de uma nova decisão, desta vez final, de aceitação ou de rejeição da proposta. Na medida em que podem ser conceituadas como *manifestações, solicitadas ou espontâneas, na fase pré-contratual, em que a iniciativa privada coopera com subsídios para a realização de uma atribuição pública que tende a ser executada em colaboração com um particular*, os PMI e as *unsolicited proposals* podem contribuir para a concretização das finalidades de interesse público, principalmente em razão de seu potencial criativo e inovador. E isto porque, nem sempre a Administração Pública tem os meios e instrumentos (ou até, criatividade e iniciativa) para descobrir espaços pioneiros de parceria em campos que envolvem o interesse público. Significa colher *inputs* do setor privado, na gênese da atuação administrativa, a fim de obter os interesses potenciais que justifiquem aquela obra ou serviço. É indubitável que esta mesma decisão poderia ter sido tomada de forma unilateral e imperativa pela Administração, entretanto, com o manejo do instrumento consensual, é possível buscar-se maior legitimidade, maior eficiência – atrelada a melhor qualidade –, e maior efetividade do agir estatal, reduzindo-se eventuais discussões posteriores. As Manifestações de Interesse e as *unsolicited proposals* representam, portanto, expressa manifestação de consensualidade e de participação da iniciativa privada na Administração Pública, o que permite uma atuação mais próxima, mais dialógica e mais parceira do setor privado, tudo em busca de um melhor atendimento do interesse público. Para mais, ver nosso: GAROFANO, Rafael Roque; e VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia. **Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI) e de Propostas Não Solicitadas (PNS): os riscos e os desafios da contratação na sequência de**

Em tais expressões da consensualidade no momento pré-contratual fica clara a necessidade de estabelecimento de procedimentos que efetivamente assegurem a lisura e a transparência do processo de formação da vontade estatal de contratar e justifiquem o resultado eleito pela Administração como aquele que melhor prestigia o interesse público no caso concreto, diante de outras eventuais soluções possíveis. A decisão de contratar, agora, deverá apresentar um nível de motivação maior e, portanto, deverá ser de melhor qualidade, o que poderá inclusive demandar maior tempo para sua definição. A procedimentalização das etapas de formação do contrato passa, portanto, pela necessidade de fundamentação técnica da decisão escolhida como mais conveniente pela Administração, com aumento da necessidade de motivação e explicitação dos motivos de acolhimento ou de rejeição das propostas apresentadas pelos interessados⁷⁴⁰.

Na fase seguinte, quando obrigatória a realização de procedimento licitatório para escolha do contratado, a margem de consensualidade nesta etapa se torna praticamente inexistente, porque a regra geral em nosso sistema de licitação é a rigidez da minuta de contrato que acompanha o edital⁷⁴¹. A procedimentalização, portanto, limitar-se-á ao próprio procedimento licitatório, informado por princípios e regras especificados em nosso ordenamento (Art. 37, XXI e Lei nº 8.666/93)⁷⁴². Quando existir a exigência de licitação, a

cooperação da iniciativa privada. In: Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 2, p. 183-211, jul./dez. 2012.

⁷⁴⁰ Nas palavras de Lino TORGAL e Marisa Martins FONSECA: “*Sem prejuízo da existência de uma ampla margem de livre decisão administrativa, se se pretende realmente incentivar a intervenção dos particulares neste âmbito e favorecer a apresentação pelos mesmos de projetos de infraestrutura, é preciso exigir à Administração que fundamente adequadamente todas as suas decisões de rejeição de projetos, detalhando com o máximo rigor possível, e com base em critérios objetivos preestabelecidos, os motivos pelos quais não considerou oportuno avançar com a análise (e eventual execução) do projeto*”. **Contributo para um Regime de Contratação de Concessões de Obras e de Serviços Públicos na Sequência de Propostas não Solicitadas (Unsolicited Proposals)**. In: Estudos de Homenagem ao Professor Doutor José Manuel Sérvulo Correia, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 561.

⁷⁴¹ Uma exceção é a de licitações julgadas por técnica e preço, no qual o julgamento técnico compreende a solução técnica mais adequada, a qual deverá ser incorporada ao contrato e portanto o contrato deverá ser amoldado.

⁷⁴² A respeito da procedimentalização da etapa de escolha do contratado na União Europeia, MELÁIN GIL ressalta que: “*La Directiva 2004/18/CE, cuya reforma está propuesta, se ha centrado en el procedimiento que se sigue para la adjudicación, con el fin de asegurar la igualdad de trato a los candidatos, evitando discriminaciones por razón de nacionalidad, con la consecuentes exigências de publicidad y transparencia y, en definitiva, el cumplimiento de las libertades del Tratado de la Unión. En coherencia con esa aproximación, los «poderes adjudicadores», en la terminología comunitaria, por lo que se refiere a la ejecución del contrato, en el que tradicionalmente operan las prerrogativas de la Administración, podrán exigir condiciones especiales «siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones» (art. 26). No se aborda directamente lo que concierne a la ejecución de los contratos. El procedimiento, integrado por actos, que conduce a la adjudicación del contrato diferencia de un modo indiscutido*

consensualidade vai ficar reduzida ao binário aceita ou não aceita as condições do contrato pelo vencedor do certame⁷⁴³, com todas as consequências advindas da eventual não aceitação⁷⁴⁴.

Por outro lado, quando a licitação for inexigível ou a formação do contrato admitir maior flexibilidade, haverá uma maior margem de negociabilidade e consenso, o que obriga que esta negociação seja transparente e aferível, sindicável, e esta sindicabilidade, esta transparência vai ter ainda mais importância quando se trate de contratações atípicas ou na utilização de formas contratuais de Direito privado pela Administração. Nesses casos, a procedimentalização das etapas de negociação prestará um serviço de suma relevância para a limitação da autonomia pública contratual, permitindo o controle da atividade contratual em vista dos demais vínculos com o Direito público aqui identificados (respeito à legalidade e aos princípios, vinculação ao fim de interesse público, motivação etc).

Por fim, na fase de execução do contrato administrativo celebrado, sempre quando houver necessidade de alteração das condições previamente definidas ou de terminação antecipada do vínculo convencional, os postulados do Estado-consensual podem conduzir à preferência pela adoção da via consensual (contratual) em detrimento da ação unilateral eventualmente assegurada à Administração nos contratos que celebra (cláusulas exorbitantes). Embora existente a prerrogativa de ação unilateral no contrato – e somente nesta hipótese, obviamente –, a Administração não deve se valer da imposição unilateral de sua vontade se o atendimento da finalidade de interesse público subjacente à decisão administrativa puder ser melhor atendida mediante uma solução consensual a ser obtida junto ao co-contratante, o que

a los contratos en los que es parte la Administración, sean estrictamente administrativos o privados, de los celebrados entre particulares. En ello he insistido en otro lugar y es una perspectiva que no ha de olvidarse para el replanteamiento de las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos, ya que pueden repercutir en la adjudicación del contrato, esencial para el Derecho comunitario y, por tanto, para el de los Estados de la UE". MEILÁN GIL, José Luis. **Las prerrogativas de la administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión.** Revista de Administración Pública. n. 191, Madrid, mayo-agosto (2013).

⁷⁴³ Observa SÉRVULO CORREIA que: “*O enquadramento do contrato administrativo num procedimento do qual constitui acto principal significa que é escassa ou nula a autonomia de que frui, no acto de estipulação, o órgão competente para a celebração. Este encontra-se vinculado a celebrar um contrato, a fazê-lo com certo co-contratante e a estipulá-lo em termos sobre os quais não tem qualquer margem de livre decisão, ou a tem apenas dentro dos limites funcionais da execução de anterior deliberação ou decisão da qual resultam os elementos essenciais para a caracterização do contrato*”. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos.** Coleção teses. Coimbra: Almedina, 2003, p. 785.

⁷⁴⁴ De acordo com o Art. 81 da atual Lei de Licitações: “A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração, caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas”.

força a necessidade de estabelecimento de um procedimento formal por meio do qual possa ser estabelecida uma pauta de negociação para a escolha da melhor decisão no caso concreto.

Nesse caso, o administrado participará da própria formação da decisão administrativa, *“transacionando o conteúdo do ato então bilateral. Para tanto, verifica-se a negociação do exercício da função administrativa: em uma dinâmica dialética, Administração e administrado apresentam proposta(s) e/ou contraproposta(s) de ato administrativo, com deliberação acerca dos elementos objetivos, motivação e forma do ato para satisfação das finalidades públicas”*⁷⁴⁵. Ou seja, o objeto da negociação será a própria prerrogativa pública, *“tanto quanto ao uso dessa prerrogativa pelo agente público como com relação à medida do exercício do poder de autoridade estatal”*⁷⁴⁶.

Uma decisão assim consensual, além de poder criar alternativas impensadas pela Administração para o enfrentamento do problema – melhor satisfazendo o interesse público –, certamente será uma decisão mais facilmente acatada pelo co-contratante da Administração, evitando imposição de decisões que muitas vezes conduzem à judicialização do contrato (o que certamente não é benéfico ao interesse público, qualquer que seja o conceito que lhe queira emprestar). Ao comentar a procedimentalização e a consensualização do exercício de prerrogativas públicas nos contratos administrativos, assim conclui Fernando Vernalha GUIMARÃES:

“A intensificação da processualização com a instituição de métodos de participação na formação do ato de instabilização do contrato administrativo emerge de uma tendência revelada pelo Estado Moderno de alcançar uma administração plural. Os atos estatais devem admitir que seus efeitos estão endereçados a uma pluralidade de classes e grupos marcados por uma heterogeneidade dinâmica. Gere-se pontualmente a coisa pública de molde a contemplar uma constelação de direitos e interesses que se articulam e se renovam numa verdadeira trama democrática. A técnica do consenso produz a mecânica da sintetização dos interesses relacionais e relacionados com cada decisão perseguida pela Administração. **Disso extrai-se que *ius variandi* deve ser visto como um ato que resulta muito mais de uma síntese de interesses**

⁷⁴⁵ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2010, p. 105.

⁷⁴⁶ Id. Ibid, p. 129.

relacionais do que puramente de formulações técnicas e fechadas a uma relação de poder entre a Administração e o co-contratante⁷⁴⁷.

A procedimentalização das etapas de negociação e contratação resultam, portanto, em uma evidente ampliação do poder de controle social e consequente redução da margem arbitrariedade da Administração, a qual deve agora considerar todas as ponderações obtidas a partir das manifestações dos interessados produzidas no exercício do contraditório administrativo visando à obtenção do consenso, como forma preferencial de ação administrativa em relação ao ato imperativo e unilateral. A extensão da participação conduz à confirmação dos direitos fundamentais, na busca pela horizontalização do agir administrativo, com a substituição de uma Administração Pública autoritária por outra que garanta e privilegie o consenso e a participação.

Através do procedimento para obtenção do consenso nas três etapas acima demarcadas, permite-se a instrumentalização da atividade contratual da Administração com vistas a possibilitar uma atuação mais aderente aos novos postulados do Estado de Direito contemporâneo, ao mesmo tempo em que possibilita uma maior sindicabilidade da atividade administrativa ao demandar um esforço muito maior por parte da Administração no momento de expressar os motivos determinantes da sua atuação pela via contratual. O desafio consistirá, nesta seara, em saber qual o grau adequado de procedimentalização da atividade contratual da Administração, evitando-se torná-la uma atividade excessivamente burocratizada e ineficiente (justamente o que se pretende evitar)⁷⁴⁸. Afinal, como bem ressalta CASSESE, “*não se faz*

⁷⁴⁷ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Alteração unilateral do contrato administrativo: interpretação de dispositivos da Lei nº 8.666/93**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 19.

⁷⁴⁸ Além disso, deve-se evitar os riscos, bem apontados por Claus OFFE ainda na década de 80 do século passado, de obstrução das políticas públicas pela introdução do procedimento consensual em excesso, e de “autonomização do processo de formação do consenso”, cujos resultados poderiam sobrecarregar a Administração demasiadamente (além do que ela poderia suportar). Segundo o autor: “*Na medida em que a política administrativa do Estado social se vê obrigada a emancipar-se pelo menos em parte das diretrizes contidas em programas legais de ação (em prol da realização de suas tarefas de ordenação concretas) e na medida em que ela se coloca na dependência de processos consensuais que deixaram de ser mediatizados juridicamente, delineiam-se dois riscos, analiticamente distinguíveis, mas que em seu resultado ameaçam igualmente a eficiência da ação administrativa. Primeiro: a construção de um fundamento de ação consensual, em vista da heterogeneidade dos interesses e motivos atingidos e das estruturas de poder e oportunidades de pressão embutidas na economia capitalista, pode ser obstruída de tal forma que os programas administrativos correspondentes ficam bloqueados, desde o início de sua realização. Não é possível, em tal caso, encontrar uma fórmula aceitável para todos os parceiros de ação e grupos de referência relevantes; a amplitude objetiva, social e (especialmente) temporal do consenso é restrita demais para que ele possa sustentar uma estratégia de solução de problemas e de adaptação, ajustada aos respectivos requisitos funcionais do sistema societário. (...) O segundo risco principal da política administrativa que rompe a forma legalista, tornando-se neste sentido necessariamente ‘próxima ao cidadão’, está numa*

*junto o que se poderia também fazer separado”, razão pela qual, no contexto contemporâneo da atuação da Administração Pública, “não é o procedimento que modula a negociação, mas a negociação que plasma o procedimento”*⁷⁴⁹.

5.4.5. O controle pelos órgãos legitimados

Uma quarta vinculação às normas de Direito Público também aplicável a toda manifestação de contratualidade administrativa parece consistir na necessidade de manter a submissão de todo e qualquer contrato da Administração ao controle dos órgãos legitimados. Ora, se o consenso obriga que a negociação seja transparente e aferível pelos interessados (ampla motivação), as decisões tomadas em ambiente de consenso não podem deixar de ser sindicáveis. O fato da atuação consensual (e contratual) da Administração passar a privilegiar mais os fins (os resultados) do que a forma utilizada para atingi-los (a forma, os meios), não implica em perda de controle por parte dos órgãos legitimados (Tribunal de Contas, Ministério Público, Judiciário, Sociedade). Muito ao contrário, a contratualidade exige uma reconfiguração e exige um aumento de eficiência na atividade de controle da Administração Pública, uma vez que não ela não pode mais se prender à verificação de formalidades processuais ou burocráticas, e sim – o que é mais importante – deve perquirir se os recursos estão sendo aplicados no atingimento dos objetivos, sem favorecimentos indevidos. O controle passará a ser finalístico, e terá por objetivo os resultados da gestão.

Na história recente em matéria de controle da Administração Pública, a primeira ideia de controle manifestava-se pelo controle de meios, cuja finalidade era assegurar a probidade no gasto público (erário). Uma segunda concepção restringia-se à ideia de controle do poder, como

*autonomização do processo de formação de consenso, cujos resultados de conteúdo sujeitam a administração a premissas, que a sobrecarregam visivelmente. (...) São essas duas categorias de risco que confrontam uma política administrativa dependente de consenso”. OFFE, Claus. **Crítérios de Racionalidade e Problemas Funcionais da Ação Político-Administrativa**. In: Problemas estruturais do Estado Capitalista. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 216-233.*

⁷⁴⁹ No contexto da multipolaridade do Direito Administrativo, CASSESE aponta para a superação do procedimento tradicional para a **troca**, onde o modo de decidir de forma sequencial e da ponderação dá lugar a uma forma de atuação diferente, onde: “A *série ou sequência* se adapta à *necessidade do acordo*. A *liberdade de forma própria do direito privado* penetra no *direito público*. (...) A *reunião ou o colegiado* são em função de um *escopo diverso da mera ponderação de interesses*, que poderia resultar logo na *sequência procedimental*. Prestam-se a fazer *concessões recíprocas*, outras *ofertas*, *trocas*. (...) Vêm em primeiro plano a *negociação ao lugar do procedimento*, a *liberdade de forma no lugar da tipicidade*, a *troca no lugar da ponderação*”. Cf. **L’Arena Pùbblica: Nuovi paradigmi per lo Stato**. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico. n. 3, Milano: 2001, p. 648.

garantia dos direitos individuais dos cidadãos contra o abuso do poder estatal. A terceira acepção do controle, mais recente e adequada às transformações do conceito de legalidade, consiste agora no controle dos objetivos, que tem em vista a efetivação da função pública e políticas públicas, não no sentido de desvio de finalidade, mas de verificação se a atividade administrativa está logrando concretizar as funções que lhe foram atribuídas pela Constituição. Nos dias atuais, o grande desafio no controle da Administração Pública consiste justamente em encontrar o modo de como articular essas três noções de controle sem que haja interferência negativa de uma na outra, fazendo com que a modulação do controle passe por todas as dimensões de controle, com o devido sopesamento entre elas⁷⁵⁰.

A elevação dos direitos fundamentais ao nível constitucional e a releitura do princípio da legalidade são os protagonistas de uma verdadeira evolução dos modelos pensados tradicionalmente para o controle do poder. Na medida em que a legalidade progressivamente se afasta de uma concepção estrita, para abarcar os princípios e valores emanados da Constituição, com necessária submissão dos órgãos estatais à obediência das pautas valorativas salvaguardadas no sistema jurídico-constitucional, não há como negar a necessidade de reformulação da atividade controladora. A função de controle passa a ser uma atividade de contraste agora também entre os fatos e os princípios, e não só entre os fatos e as leis⁷⁵¹. Os princípios não têm apenas o papel de complementaridade do princípio da legalidade, mas devem assumir o papel de ampliar o princípio da legalidade. Como cada vez mais a lei não é suficiente para prever todas as situações do mundo da vida, trazendo conceitos fluidos e conferindo grande margem de liberdade à Administração, o controle passa a ser cada vez mais aberto (porém não menos abrangente), pautando mais por princípios do que por normas.

É nesse sentido que a contratualidade, longe de afastar ou amenizar o controle sobre a atividade administrativa, reclama uma reconfiguração – e mesmo um alargamento – dos parâmetros de controle pelos órgãos legitimados, seja pelo reconhecimento da ampla

⁷⁵⁰ Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Os grandes desafios do controle da Administração Pública**. In: MODESTO, Paulo (Coord.) **Nova organização administrativa brasileira: estudos sobre a proposta da Comissão de Especialistas constituída pelo Governo federal para reforma da organização administrativa brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 196 e ss.

⁷⁵¹ Embora haja que enxergue uma ampliação da discricionariedade administrativa, a consolidação do Estado Democrático de Direito inegavelmente amplia a possibilidade de controle dos atos administrativos, porque, por essa via, poderão ser corrigidos os atos administrativos praticados com inobservância não apenas de normas, mas também de certos valores adotados como dogmas em cada ordenamento jurídico.

capacidade da Administração para celebrar contratos (tópico 5.1), seja pela margem de autonomia pública contratual conferida à Administração (tópico 5.3), ou ainda pela nova orientação de regime de modulação legal ou convencional das prerrogativas públicas (tópico 5.2), todos esses fatores capazes de agregar maior complexidade ao exercício do controle em face dos atos e contratos da Administração. A própria contratualidade passa a servir como *standard* de controle da Administração, na medida em que, por exemplo, “*os acordos celebrados pela Administração Pública com o administrado após etapa de negociação não podem ser substituídos por outra decisão que o juiz repute a mais adequada ao caso concreto*”⁷⁵². Trata-se de valorizar a negociação do exercício das prerrogativas públicas e, nessa medida, do próprio instrumento contratual na satisfação dos fins de interesse público pela via consensual, em respeito à dimensão objetiva do princípio da segurança jurídica⁷⁵³.

⁷⁵² PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2010, p. 300.

⁷⁵³ Como bem conceituou Rafael VALIM: “(...) o princípio da segurança jurídica integra o plexo de garantias dos direitos fundamentais; é dizer: a segurança jurídica está entre os elementos formais do conceito de “Estado de Direito”, os quais, como já dito, são preordenados a assegurar a plena realização dos elementos materiais do conceito. Além disso, há uma notória fundamentação recíproca entre o princípio da segurança e o Estado de Direito, sendo aquele elemento indispensável deste, ao mesmo tempo em que este é condição necessária daquele”. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 34. No campo da atividade de controle da Administração Pública é inegável a relevância do princípio da segurança jurídica, pois, em razão deste princípio, nem sempre o controle poderá efetivar-se. Em muitos casos, a incidência do princípio da segurança jurídica acaba, inclusive, afastando a aplicação imediata do princípio da legalidade, à mercê da necessidade de aplicação justa do ordenamento jurídico. Por vezes, depara-se com a necessidade de convalidação de atos administrativos inquinados de ilegalidade. Exemplo disto é a progressiva relativização do dever de declaração de nulidade dos atos administrativos, a ponto de hoje sustentar-se a necessidade de segmentação entre atos restritivos e ampliativos de direito, para o fim de considerar que “*nos atos unilaterais restritivos da esfera jurídica dos administrados, se eram inválidos, todas as razões concorrem para que sua fulminação produza efeitos ex tunc, exonerando por inteiro quem fora indevidamente agravado pelo Poder Público das consequências onerosas. Pelo contrário, nos atos unilaterais ampliativos da esfera jurídica do administrado, se este não concorreu para o vício do ato, estando de boa-fé, sua fulminação só deve produzir efeitos ex nunc, ou seja, depois de pronunciada*”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 458. A doutrina identifica a incidência do princípio da segurança jurídica em inúmeras disposições legais no âmbito do Direito Administrativo, a exemplo da vedação à retroatividade das leis e demais atos estatais, bem como de interpretações já realizadas pelos órgãos administrativos e judiciais acerca da legislação aplicável. Do mesmo modo, nota-se a incidência do princípio (i) no dever de o Estado dispor sobre regras transitórias em razão de alterações abruptas de regimes jurídicos setoriais (v.g., ordem econômica, exercício profissional, servidores públicos); a responsabilidade pré-negocial do Estado (v.g., direito à contratação dos vencedores de licitação; direito à nomeação dos aprovados em concursos públicos); a responsabilidade do Estado pelas promessas firmes feitas por seus agentes, notadamente no âmbito do planejamento econômico; e a manutenção no mundo jurídico de atos administrativos inválidos. Para mais, ver FERRAZ, Luciano. **Segurança Jurídica Positivada: Interpretação, Decadência e Prescritibilidade**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 22, junho, julho, agosto, 2010. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-22-JUNHO-2010-LUCIANO-FERRAZ.pdf>. Acesso em 01/10/2011. Ver também o nosso: GAROFANO, Rafael Roque. **Segurança jurídica no exercício da função de controle: a prescrição das pretensões punitivas e ressarcitórias dos**

Enfim, o *controle sobre a contratualidade*, ao lado da *contratualidade como controle* e das demais vertentes de vinculações do Estado contratante com o Direito público aqui esboçadas (juridicidade, interesse público, formalidades e procedimentos), constituem, de maneira geral, algumas das novas orientações de uma nova teoria geral dos contratos da Administração aplicável no panorama da consensualidade administrativa, a evidenciar que muitos desafios ainda estão por ser enfrentados e muito há ainda para ser desenvolvido em matéria de contratações públicas, especialmente no caso brasileiro.

5.5. Ainda existem os chamados contratos administrativos?

“La admisión de la categoría del contrato administrativo, como su negación, es deudora, como otras del Derecho administrativo, de la historia de cada país, de la concepción del Estado y particularmente de sus relaciones con la sociedad, de la que no pueden hurtarse las construcciones doctrinales, que son muy relevantes en esta materia. (...) Por ello, no ha de causar sorpresa que se venga hablando en diferentes países de una revisión del Derecho administrativo y sus instituciones como un volver a verlo, en la versión menos radical, desde la realidad actual, muy diferente de la que explica versiones consolidadas como clásicas”⁷⁵⁴.

No contexto da nova teoria aqui delineada, e diante de todas as transformações anunciadas no instituto do contrato administrativo no Brasil, será que faz sentido ainda se falar em “contrato administrativo” para se referir a uma categoria de contratos distinta dos contratos privados? A nova configuração da teoria não resultaria na perda de identidade do próprio instituto, tal como concebido pela teoria clássica, deixando de fazer sentido a distinção entre contratos administrativos e contratos regidos pelo Direito comum? Não seria o caso, enfim, de abandonar-se a denominação “contrato administrativo” no Direito Administrativo brasileiro?

No decorrer do presente trabalho, vimos que a consensualidade e a contratualização do agir administrativo projetam seus efeitos na teoria clássica do contrato administrativo em

Tribunais de Contas. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2013. P. 781-813.

⁷⁵⁴ MEILÁN GIL, José Luis. **Las prerrogativas de la administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión.** Revista de Administración Pública. n. 191, Madrid, mayo-agosto (2013).

diversos aspectos, principalmente: (i) no aumento de complexidade do fenômeno contratual ante o reconhecimento da multiplicidade de contratos de que a Administração participa, em diversos campos de atuação estatal, inclusive em áreas onde a imperatividade e a autoridade sempre se fizeram presentes (poder de polícia); (ii) na demonstração da insuficiência do regime estatutário próprio da teoria brasileira do contrato administrativo, que tornaria a Administração sempre credora de prerrogativas de ação unilateral em qualquer contrato que celebre; (iii) na necessidade de relativização do regime de exorbitância em vista de sua inadequação perante os novos postulados do Estado de Direito contemporâneo (Estado-consensual); e (iv) no esvaecimento da dualidade contratos administrativos X contratos privados da Administração; forçando o reconhecimento da necessidade de reformulação da teoria geral dos contratos administrativos adotada no Brasil.

A partir daí, vimos que uma nova teoria que se pretenda aplicar aos contratos da Administração deve reconhecer algumas diretrizes já manifestadas no domínio da nova contratualidade administrativa, especialmente: (i) a ampla capacidade contratual da Administração, sendo desnecessária lei habilitante para que a Administração possa celebrar contratos; (ii) a passagem do regime de prerrogativas implícitas, aplicável a todo e qualquer contrato da Administração, para um regime de modulação legal ou convencional das prerrogativas públicas, ou seja, somente incidente sobre o contrato quando a lei expressamente dispuser sobre o regime aplicável ou quando as partes, consensualmente, assim estabelecerem no contrato; (iii) a existência de uma autonomia pública contratual diferente da fórmula clássica da discricionariedade administrativa, que confere à Administração maior flexibilidade – em relação à lei – para atuar pela via contratual; e (iv) a vinculação de toda atividade contratual da Administração a um mesmo núcleo de princípios e regras de Direito público, em alguns aspectos fundamentais (legalidade, interesse público, regras e formalidades para a contratação, procedimentalização e controle), que dizem mais respeito à pessoa que contrata (Administração) do que ao instrumento contratual em si.

Entre todas as novas diretrizes apontadas, a superação do regime jurídico rígido de prerrogativas de ação unilateral implícitas nos contratos administrativos para um regime de prerrogativas conformado pela lei ou pela vontade das partes consiste, sem dúvida, no principal elemento “desafiador” da teoria dos contratos administrativos no Direito brasileiro. Isto porque,

como procuramos destacar no tópico 1.6, o critério qualificador predominante dos contratos administrativos no Brasil sempre foi o regime de prerrogativas de ação unilateral, identificando-se o contrato como “administrativo” sempre quando presentes cláusulas exorbitantes, o que, devido ao tratamento legislativo da matéria no Brasil, acabou por “administrativizar” praticamente todos os contratos da Administração, submetendo-os [todos] a um mesmo regime jurídico.

A partir do momento em que a nova teoria propugna pelo abandono do critério da exorbitância como critério qualificador de um dado contrato como “administrativo” – devido à necessidade de se reconhecer, em inúmeras situações, a desnecessidade ou mesmo os prejuízos advindos da previsão do regime de prerrogativas –, perde-se utilidade a dicotomia contratos administrativos X contratos privados da Administração, pois na verdade todos os contratos da Administração passam a sofrer a incidência do regime de prerrogativas apenas quando a lei ou a vontade livre das partes assim dispuser⁷⁵⁵. Tudo isso para concluir que as prerrogativas estatais nos contratos deixam de ser, pois, no âmbito da nova formulação teórica delineada, o critério substantivizador dos contratos administrativos em relação aos contratos ditos “privados” da Administração. A consequência direta é a perda de sentido da tradicional dualidade contratos administrativos X contratos da Administração, levando autores mais atuais a declarar até mesmo o fim ou a “morte” do contrato administrativo⁷⁵⁶ (o que procuramos bem demarcar no tópico 4.4 da Dissertação).

Mas, em vista do conceito clássico de contratos administrativos enquanto contratos em que a Administração atua com prerrogativas ou cláusulas exorbitantes, a superação do regime de prerrogativas como critério qualificador do contrato administrativo produziria o efeito

⁷⁵⁵ Sobre o tema, confira-se a pertinente observação de Vitor Rhein SCHIRATO: “*Daí verifica-se que a tentativa da doutrina de explicar a distinção dos regimes jurídicos dos diversos contratos celebrados pela Administração Pública a partir da apartação de contratos administrativos e contratos da Administração Pública nada mais é do que um exercício inútil, pois todos são contratos celebrados pela Administração Pública com mudanças de regimes jurídicos necessárias para o alcance de maior eficiência. Não há que se criar classificações. Há que se aplicar a teoria dos contratos de forma correta, atribuindo aos contratos celebrados pela Administração Pública o regime jurídico que lhes for mais eficiente. Se o objeto contratual demanda, para sua melhor realização, um regime jurídico que outorgue maiores poderes para a Administração Pública, então poder-se-á falar em cláusulas exorbitantes. Contudo, se o objeto não demanda esse regime jurídico, ele deverá ser afastado, sem, com isso, que se crie uma nova classificação*”. **Contratos administrativos e contratos da Administração Pública: pertinência da diferenciação?** Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 177-186, set. 2012/fev. 2013.

⁷⁵⁶ ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo Contrato Administrativo**, Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 183-184.

lógico-cartesiano de negar a própria existência dos contratos administrativos para diferenciá-los dos contratos privados? Considerando que o regime jurídico exorbitante configura, na teoria clássica adotada no Brasil, o elemento caracterizador da natureza administrativa do contrato, o reconhecimento de que as prerrogativas de ação unilateral não são inerentes aos contratos que visem ao atendimento de um interesse público implica na crise de identidade do próprio instituto do contrato administrativo, enquanto categoria distinta dos demais contratos regidos pelo Código Civil?

Para além do regime jurídico, é certo que outras diretrizes da reformulação teórica dos contratos administrativos são igualmente capazes de favorecer a aproximação entre os contratos administrativos e os contratos privados. O reconhecimento da ampla capacidade contratual da Administração e da autonomia pública contratual, por exemplo, revela uma evidente aproximação dos contratos da Administração com os contratos regidos pelo Direito comum, mormente em termos de maior flexibilidade na escolha pela via contratual e na fixação das condições e cláusulas contratuais, bem como no maior deslocamento da produção normativa da lei para a vontade manifestada consensualmente pelas partes. A aproximação fica ainda mais evidente diante da notável publicização dos contratos privados ocorrida nas últimas décadas, que passaram a ser informados por princípios e normas de *ordem pública* (exemplo das normas cogentes do Código de Defesa do Consumidor, Novo Código Civil, Leis trabalhistas que incidem nos contratos coletivos e individuais de trabalho etc). Trata-se da emergência da *função social* do contrato, que acarretou a consequente relativização da autonomia da vontade das partes⁷⁵⁷. O contrato privado assim *publicizado*⁷⁵⁸, ao lado do contrato público *privatizado*,

⁷⁵⁷ Ainda em 1989, DI PIETRO já apontava esta transformação do contrato privado: “O contrato, por exemplo, que nasceu como instituto que traz implícita a ideia de liberdade e de igualdade entre as partes, bem como de respeito à vontade e aos interesses individuais, evoluiu de tal forma que hoje se fala em sua função social e econômica, exercida sob a égide de normas de ordem pública, inderrogáveis pela vontade das partes. Não obstante, continua a enquadrar-se no conceito geral de contrato como acordo de vontades gerador de efeitos jurídicos”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Do Direito Privado na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 1989, p. 87. Atento a estas transformações, Caio Mário da Silva PEREIRA ensina que: “A função social do contrato serve para limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade de não contratar, como ocorre nas hipóteses de contrato obrigatório. (...) A função social do contrato, portanto, na acepção mais moderna, desafia a concepção clássica de que os contratantes tudo podem fazer, porque estão no exercício da autonomia da vontade. O reconhecimento da inserção do contrato no meio social e da sua função como instrumento de enorme influência na vida das pessoas, possibilita um maior controle da atividade das partes. Em nome do princípio da função social do contrato se pode, v.g., evitar a inserção de cláusulas que venham injustificadamente a prejudicar terceiros ou mesmo proibir a contratação tendo por objeto determinado bem, em

contribuem com mais um passo para a dificuldade de afirmação de diferenças substanciais, em termos de regime jurídico, entre os contratos administrativos e os contratos regidos pelo Direito Civil⁷⁵⁹.

Entretanto, para efeito de uma nova teoria geral que se pretenda aplicar aos contratos da Administração, seria correto negar existência aos contratos administrativos para submeter todos os contratos da Administração aos quadrantes do Direito Civil, ainda que o seu regime seja parcialmente derogado por normas de Direito público? Seria correto remontar às origens da dicotomia Direito público X Direito privado para reclassificar todos os contratos da Administração como contratos de Direito Civil, ainda que parcialmente regidos por normas de Direito público, inclusive quanto à incidência de prerrogativas de ação unilateral? Seria correto, enfim, banir a utilização da denominação “contrato administrativo” entre nós, pelo fato de não se considerar mais adequado enquadrá-lo no padrão rígido do regime de prerrogativas exorbitantes conforme a sua configuração clássica ou tradicional?

Temos para nós que as respostas devem ser negativas. Em primeiro lugar, a nosso ver, não se afigura apropriado “devolver” ao campo do Direito Civil a disciplina dos contratos da Administração, ainda que tal “devolução” seja acompanhada do reconhecimento da necessidade de se manter um “mínimo” de vinculação com o Direito público. Isto porque não se afigura como correto classificar o contrato pelo Direito aplicável, sendo preciso reconhecer que todo contrato da Administração é regido, em maior ou menor grau, por normas de Direito público e de Direito privado, sem que a predominância de uma ou outra categoria de Direito deva ser considerada para efeito de classificação do contrato da Administração como “público” ou como “privado”.

razão do interesse maior da coletividade”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, v. 3. *Contratos*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 13.

⁷⁵⁸ Para BACELLAR FILHO: “(...) se, na vigência do antigo Código Civil, os contratos de Direito Privado estavam alicerçados em princípios opostos aos contratos administrativos, as recentes alterações do novo Código Civil caminham num sentido de aproximação dos institutos. O *pacta sunt servanda*, que constituía mola mestra dos contratos regidos pelo Direito Privado, foi expressamente substituído pelo princípio da função social dos contratos, como se depreende do art. 421 do novo Código Civil: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 178-179.

⁷⁵⁹ CASSAGNE, Juan Carlos. **Algunas Reflexiones sobre la Evolución y Vigencia Actual del Contrato Administrativo**. Interesse Público – IP. Belo Horizonte, n. 41, ano 9 Janeiro / Fevereiro 2007 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 2 out. 2013.

No primeiro capítulo da Dissertação, vimos que a figura contratual teve origem no Direito privado, embora tenha sido incorporado pelo Direito público por obra da jurisprudência francesa do século XIX. Devido à sua origem no Direito Civil, qualquer contrato tem, na essência, traços próprios da teoria civilista (acordo de vontades, criação de obrigações, vinculação das partes), ainda que o ordenamento (normas de Direito público) venha conformar-lhe nos quadrantes necessários para garantir o pleno exercício dos poderes do Estado no desempenho da função administrativa⁷⁶⁰. Por outro lado, embora se diga “teoria civilista” do contrato, há muito se reconhece que, apesar do Direito Civil ter inaugurado a disciplina dos contratos, emergindo de seus estudos as primeiras concepções e princípios relativos ao instituto, o contrato pertence, na verdade, à Teoria Geral do Direito, e assim deve ser compreendido para fins de situá-lo em qualquer ramo do Direito que dele necessite para se instrumentalizar. Na lição de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, escorada nos ensinamentos de RETORTILLO: “(...) o *superconceito* ou *noção categorial* dos vários institutos jurídicos, comuns nas diferentes ramificações, deve ser colocado na teoria geral do direito e não no Código Civil, sob pena de produzir-se o erro de método, ainda hoje bastante comum, de considerar-se como exclusivas do direito civil determinadas figuras, como o contrato, (...) submetendo-se ao direito civil figuras que podem ter regime jurídico de direito público, quando criadas pela Administração”⁷⁶¹. Por isso faz tanto sentido a constatação de Allan R. BREWER-CARÍAS, a respeito dos contratos da Administração:

“A Administração, portanto, se bem que preponderantemente regulada pelo Direito Administrativo, na atualidade está submetida tanto ao Direito Público como ao Direito Privado e sua atividade, regida por ambos os ramos, será sempre uma atividade administrativa. Não há, na realidade, atividade privada da Administração. Assim como não existem atos privados da Administração,

⁷⁶⁰ A este respeito, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO lembra a indagação de García de ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ sobre a distinção entre contratos administrativos e contratos privados da administração, e destaca que “a disciplina tradicional e básica do contrato jamais foi outra que a do Direito Privado, pois ela sempre partiu das idéias de liberdade e de igualdade entre as partes contratantes, razão pela qual a teorização da figura do contrato administrativo como um contrato regido pelo direito público é um fenômeno histórico restrito ao direito francês, ao espanhol, ao belga, a outros poucos países hispano-americanos, incluído o Brasil, e aos demais francófonos do terceiro mundo. A distinção entre contratos administrativos e contratos privados era, pois, em sua origem, exclusivamente uma distinção para efeitos jurisdicionais e não substantivos”. **O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 571-592.

⁷⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Do Direito Privado na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 1989, p. 88 (Cf. RETORTILLO, Sebastian. *Il diritto civile nella genesi del diritto amministrativo e dei suoi istituti*. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1959).

tampouco existem, claramente, contratos de direito privado da Administração. A atividade da Administração – e, em geral, a de todos os sujeitos de direito administrativo – está submetida a um regime preponderantemente de direito administrativo ou preponderantemente de direito privado, mas isto não autoriza a concluir que na primeira hipótese a atividade seja administrativa e, na segunda, seja privada”⁷⁶².

A impossibilidade de classificação de um determinado contrato da Administração pelo critério do regime jurídico aplicável (público ou privado) passa por um fenômeno mais geral, que tem a ver com a aproximação entre o Direito público e o Direito privado. De fato, tal aproximação foi prenunciada por Sabino CASSESE ainda no final da década de 80, quando o autor se preocupou em discorrer sobre as transformações do Direito Administrativo do século XIX ao XXI. Para o autor: “*entra em crise a diferença entre direito administrativo e direito comum, porque o direito administrativo se aperfeiçoa, mas por meio de formas privatísticas*”⁷⁶³. Demonstrando a convicção de suas ideias, CASSESE conclui que “*(...) o direito administrativo não é, em nenhum país, parte do Direito Público, consistindo, ao contrário, em uma combinação das normas e princípios publicistas e das normas e princípios privatísticos, em uma (unitária) hierarquia entre as duas*”⁷⁶⁴. Não há, por isso, como discordar das pertinentes observações de DUGUIT sobre o tema dos contratos da Administração, feitas ainda na década de 30 do século passado:

“Mas se ninguém hoje nega o caráter obrigatório dos contratos feitos pelo Estado, existe uma doutrina falsa e perigosa, que subsiste com uma persistência lamentável. É aquela que distingue os contratos feitos pelo Estado em duas categorias: os contratos de direito privado e os contratos de direito público. [...] Ela não responde a nada e tem o risco de conduzir a

⁷⁶² BREWER-CARÍAS, Allan R. **Evolução do conceito de contrato administrativo**. Revista de Direito Público. v. 51-52, 1979, p. 13.

⁷⁶³ CASSESE, Sabino. **Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX ao XXI secolo**. Rivista Trimestale di Diritto Pubblico, n. 1, 2002, p. 35. Texto traduzido publicado na Revista Interesse Público – IP, Fórum: Belo Horizonte, ano 6, n. 24, mar./abr. 2004. Vale citar a passagem da obra de Maria Silvia Zanella DI PIETRO, feita ainda em finais da década de 80 do século passado, que explica bem esse fenômeno no caso brasileiro: “A maioria dos autores reconhece a dificuldade de distinguir, de forma precisa, o direito público do direito privado (...) Kelsen, no entanto, impugnou a distinção porque, para ele, não há critério seguro para fixar o limite entre o direito público e o privado (...) A divisão entre os dois ramos do direito é funesta porque quebra a unidade da ordem jurídica, protegendo a criação autocrática do direito e limitando o princípio da criação científica, pela via legislativa. Também Duguit considera a distinção ultrapassada e sem rigor lógico, porque entre os dois direitos há o mesmo espírito de justiça, sem diversidade de natureza. (...) O fato inegável que hoje se constata, nos sistemas de base romanística, é a crescente interpenetração dos dois ramos da ciência jurídica, a confirmar a assertiva, feita em páginas anteriores, sobre a unidade do direito. Quanto mais o Estado intervém no âmbito da atividade privada, seja para regulamentar, fiscalizar ou restringir, seja para exercê-la diretamente, mais se acentua a interpenetração”. **Do Direito Privado na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 1989, p. 25 e 32.

⁷⁶⁴ CASSESE, Sabino. **Le basi del diritto amministrativo**. 6ª ed. Milano: Garzanti, 2000, p. 120.

consequências lamentáveis. O contrato é uma certa categoria jurídica, e se os elementos que o constituem se encontram reunidos, ele sempre existirá com o mesmo caráter e as mesmas consequências [...]. Falar de contrato de direito privado e de contrato de direito público é falar de coisas que não existem; e, por consequência, não se os pode opor, pelas mesmas razões que não se pode falar de atos de gestão e de atos de autoridade e os opor uns aos outros. Há contratos celebrados pelo Estado e atos praticados por ele que não são contratos. Mas opor os contratos de direito público aos contratos de direito privado é dar uma aparência jurídica aos procedimentos mais ou menos hábeis pelos quais os detentores do poder tendem frequentemente a se eximir de cumprir compromissos regularmente estabelecidos. Deve-se, pois, de uma vez por todas, banir da linguagem do direito essa expressão ‘contrato de direito privado e de direito público’ e falar somente em contrato”⁷⁶⁵.

Por isso, independentemente de sua origem no Direito público ou no Direito privado, ou ainda de sua disciplina ser predominantemente regulada pelo Direito público ou pelo Direito privado, o importante é reconhecer que todos os contratos da Administração são, em alguma medida, regidos por estes dois grandes blocos da ciência jurídica, não podendo daí se extrair uma pretensa predominância do Direito Civil a reger o fenômeno contratual da Administração, hipótese em que o Direito público incidiria apenas subsidiariamente, derogando parcialmente o Direito privado. Tanto é assim que em inúmeras situações ocorre justamente o contrário, ou seja, o contrato tem origem no Direito público, é regido por normas de Direito público e, apenas subsidiariamente, incidem princípios e regras de Direito privado. Aliás, mesmo os contratos administrativos mais típicos (do que a concessão de serviço público é o maior exemplo) não recusam a incidência, ainda que subsidiária, dos princípios e regras da teoria civilista do contrato, a reger a contratação sempre que o Direito público mostrar-se insuficiente (está, aliás, é a regra prevista no Art. 54 da Lei nº 8.666/93)⁷⁶⁶.

A negação da existência dos contratos administrativos segundo a sua concepção clássica não pode, portanto, vir acompanhada da “devolução” de todos os contratos da Administração ao regime de Direito Civil, para reconhecer o Direito Administrativo como um Direito supletivo ou complementar. Em matéria contratual, diante da atual situação de miscelânea entre Direito público e Direito privado que pudemos aqui bem observar, não parece ser esta a solução mais adequada para explicar o fenômeno, até porque tal solução conduziria à

⁷⁶⁵ DUGUIT, León. **Traité de Droit Constitutionnel**. 3ª ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, 1930. Tomo II, p. 434-435.

⁷⁶⁶ 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.

mesma dificuldade de se saber em que medida o Direito público e o Direito privado interfeririam na relação contratual. O contrato da Administração não é, portanto, no contexto da nova teoria, nem “público” nem “privado”, é apenas contrato da Administração submetido, em distintos graus, à incidência de normas de Direito público e de Direito privado, sendo caracterizados, justamente, pela interpenetrabilidade entre esses dois blocos do Direito.

Mas se é verdade que a dualidade entre contratos administrativos e contratos de direito privado da Administração perde importância diante do reconhecimento de uma disciplina jurídica geral aplicável a todos os contratos da Administração – o que resulta, inclusive, na negação do conceito de contrato administrativo para diferenciá-lo dos contratos privados da Administração –, não é menos verdade que a nova orientação teórica aqui delineada não implica no afastamento ou na negação das sensíveis diferenças existentes entre os contratos celebrados entre particulares e os contratos em que pelo menos uma das partes é a Administração. Os principais traços da nova teoria deixaram claro que a atividade contratual da Administração difere-se da atividade contratual dos privados basicamente pela (i) possibilidade de incidência de um regime de prerrogativas de ação unilateral tendente a assegurar o interesse público subjacente à contratação, sempre que houver prévia e expressa previsão em lei ou no próprio contrato; e (ii) pela presença de vínculos com o Direito público em decorrência da presença da Administração no contrato, que limitam a autonomia pública contratual para contratar, especialmente em razão da necessidade de observância da legalidade, da finalidade de interesse público, das regras e formalidades para a contratação, dos procedimentos para a negociação e contratação e da submissão de todo e qualquer contrato da Administração ao controle exercido pelos órgãos legitimados.

Significa dizer, pela via inversa, que todo contrato celebrado pela Administração será substancialmente diferente, em termos teóricos, dos contratos privados, pois, nestes, obviamente não haverá incidência do substrato teórico aqui delineado, ou seja, não haverá (i) possibilidade de incidência de um regime de prerrogativas de ação unilateral conformado pela lei ou pela vontade das partes visando ao atingimento de um fim de interesse público; ou (ii) obrigatoriedade de vinculações com o Direito público que limitam a autonomia para contratar. Todo esse regime especial (não necessariamente exorbitante), embora não seja decorrência do próprio contrato, mas da presença da Administração, sobre ele [contrato] projeta inúmeros

efeitos, sendo possível se falar em um contrato substancialmente diferente, em termos teóricos, dos contratos firmados unicamente entre particulares.

É justamente nessa medida que, afastando-se do seu conceito “clássico” ou “tradicional” erigido com a teoria dos contratos administrativos – que pressupõe a necessária relação “*contratos administrativos = regime de Direito público = regime de exorbitância*” –, ainda faria sentido se falar em “contrato administrativo” para se referir a todo e qualquer contrato celebrado pela Administração, que são, em termos de teoria geral – e não necessariamente de regime jurídico ou de Direito aplicável –, substancialmente diferentes dos contratos celebrados no ambiente privado (entre particulares). Tal distinção em relação aos contratos firmados entre particulares – e somente ela – caracterizaria, assim, o novo sentido teórico do contrato administrativo. Independentemente de ser regido predominantemente pelo Direito público ou pelo Direito privado (predominância esta, aliás, que é bastante difícil perquirir na prática)⁷⁶⁷, o contrato da Administração poderá sempre ser designado de “administrativo” – ou de qualquer outra denominação que lhe queira emprestar – pela mera presença da Administração como parte (critério subjetivo), o que implicará não a incidência de um regime implícito de prerrogativas públicas, mas sim de um substrato teórico próprio de Direito Administrativo, capaz de:

- (i) obrigar a Administração a observar, no mínimo, algumas vinculações com princípios e regras de Direito público, especialmente a legalidade e os princípios da Administração; a finalidade de interesse público; as regras e formalidades para a contratação; os procedimentos para negociação e contratação; e a submissão ao controle pelos órgãos legitimados; e

⁷⁶⁷ A doutrina não esconde a dificuldade da conjugação do Direito privado e do Direito público no Direito Administrativo contemporâneo. Para Maria João ESTORNIHO: “(...) trata-se de questão deixada em aberto pela doutrina e jurisprudência, permanecendo assim difusa a medida correcta das vinculações jurídico-públicas”, razão pela qual se torna ainda mais “urgente e fundamental encontrar o equilíbrio entre a necessidade absoluta dessas vinculações e os eventuais riscos de uma publicização excessiva”. **A Fuga para o Direito Privado – Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública**. Coleção Teses. Coimbra: Editora Almedina, 1999, p. 160-161. Especificamente em matéria de contratos, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO já alertava que “Nas matérias submetidas ao direito administrativo, este derroga inteiramente o direito comum; naquelas sujeitas ao direito privado, este é derrogado parcialmente pelo direito público, **dando origem a um regime jurídico híbrido, em que as dificuldades de estudo se avolumam pela necessidade de criar-se sistema em que se harmonizem normas e princípios diversos**: de um lado, a autonomia da vontade e a igualdade entre as partes; de outro, os privilégios e prerrogativas inerentes à posição de supremacia da administração Pública sobre o particular”. **Do Direito Privado na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 1989, p. 91.

- (ii) possibilitar que a lei ou a vontade das partes estabeleçam um regime de “desigualdade jurídica” específica para reger aquela determinada espécie contratual em função da relevância do seu objeto ou das circunstâncias do caso concreto (critério objetivo), que eventualmente reclamem a necessidade de estabelecimento de um regime protetivo a um interesse público já previamente identificado como prevalecente a partir da técnica da ponderação.

Portanto, sem pretender anunciar o “fim” do contrato administrativo, temos como mais adequado superar a concepção tradicional para atribuir-lhe um novo significado jurídico, em tudo distante dos antigos cânones e dogmas que informaram a teoria clássica ainda vigente no Brasil. Uma nova teoria geral que pretenda explicar o fenômeno contratual da Administração não precisa abandonar a denominação “contrato administrativo” para procurar outra designação aplicável aos contratos da Administração, capaz de diferenciá-los em relação aos contratos entre sujeitos privados. Bastará superar a formulação clássica da teoria dos contratos administrativos – que os qualifica como necessariamente predadores de prerrogativas de ação unilateral pelo Estado e, nessa medida, aparta-os dos contratos ditos “privados” da Administração –, e substituí-la por uma nova concepção, ou melhor, por um novo sentido teórico do contrato administrativo, no qual se reconheça a uniformidade teórica de todos os contratos da Administração (extinguindo a dualidade) e, ao mesmo tempo, reafirme as substanciais diferenças, em termos teóricos – e não necessariamente de regime jurídico –, entre os contratos da Administração e os contratos celebrados entre os sujeitos privados, capaz de justificar aos primeiros a manutenção do adjetivo “administrativo”.

Poder-se-ia alegar que tudo se resume a uma questão terminológica, e o que aqui designamos de novo sentido teórico do contrato administrativo corresponderia, na verdade, ao gênero “contrato da Administração”. Não se nega razão a esta objeção, na medida em que o novo sentido do contrato administrativo compreende, de fato, todos os contratos celebrados pela Administração, o que faria perder sentido a adjetivação “administrativo” para pretender diferenciá-lo em relação a qualquer outro contrato de que a Administração participa. No entanto, além de evitar confusões com a clássica relação gênero-espécie, a verdade é que há

inegável utilidade teórica e prática⁷⁶⁸ em considerar todos os contratos da Administração como “contratos administrativos”: *o reconhecimento de que nenhum contrato da Administração escapa da mesma disciplina – própria do Direito Administrativo – que igualmente submete todos os contratos da Administração a um mesmo núcleo de Direito público e que possibilita, para qualquer contrato em que a Administração for parte, a incidência de prerrogativas de ação unilateral sempre que a lei ou o livre consentimento das partes assim estabelecerem.*

Porém, independentemente da denominação que se pretenda atribuir – afinal, “as palavras são meros rótulos que sobrepomos às coisas”⁷⁶⁹ –, o importante é ter presente que o novo sentido teórico aqui evidenciado submete à mesma base teórica todos os contratos da Administração, que são, nessa dimensão teórica, substancialmente diferentes dos contratos celebrados entre os sujeitos privados, embora com eles encontrem pontos de convergência enquanto instituto pertencente à Teoria Geral do Direito. Isso não significa – e aqui reside o aspecto fundamental – que os contratos administrativos, em seu renovado sentido teórico, sejam necessariamente diferentes em termos de regime jurídico dos contratos celebrados entre quaisquer sujeitos privados. Na nova teoria, se a qualificação de “administrativo” a um dado contrato decorre da mera presença da Administração na relação (critério subjetivo), a incidência de um regime que confere à Administração algumas prerrogativas de ação unilateral dependerá do objeto e dos fins buscados pela Administração com o contrato (critério objetivo), e poderá advir tanto de expressa previsão legal que estabeleça, de antemão, quais prerrogativas deverão constar do contrato (heteronomia), quanto da vontade manifestada pelas partes quando inexistir norma legal cogente (autonomia).

A especialidade teórica dos contratos administrativos não os afasta, portanto, em termos de regime jurídico aplicável, dos contratos entre sujeitos privados, pois a incidência da matriz teórica aqui delineada não implica, necessariamente, na imediata incidência de um

⁷⁶⁸ Afinal, como adverte Carlos Ari SUNDFELD: “como toda classificação jurídica, [...] somente deve subsistir se mostrar-se útil à sistematização do ordenamento jurídico a fim de permitir sua melhor aplicação, **uma vez que as classificações somente se justificam quando possuem alguma utilidade prática**”. In: *Fundamentos de direito público*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 146.

⁷⁶⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 599.

regime de prerrogativas de ação unilateral em favor da Administração⁷⁷⁰, nem sequer outorga à Administração uma posição privilegiada ou de supremacia em relação à outra parte no contrato. No panorama da Administração-consensual, o novo sentido teórico do contrato administrativo deixa de ser produto da supremacia para se tornar o *acordo de vontades formatado no exercício da capacidade e da autonomia pública contratual da Administração, limitada pelo ordenamento próprio da Administração – o Direito Administrativo –, que pode ou não conformar o regime de prerrogativas de ação unilateral independentemente do consenso, em distintos graus, mas que sempre, necessariamente, orienta a atividade contratual da Administração e impede que ela se afaste dos princípios e dos fins de interesse público inerentes a toda ação administrativa.*

⁷⁷⁰ O que, aliás, no contexto da nova teoria, pode inclusive ser afastado por expressa disposição legal ou pela vontade das partes (no silêncio da lei), sempre que tal regime de exorbitância se mostrar prejudicial ao melhor atendimento do interesse público diante das circunstâncias do caso concreto.

SÍNTESE CONCLUSIVA

Ao longo da presente Dissertação, pudemos constatar que a figura do contrato, inicialmente concebido como instituto próprio do Direito privado – e representante máximo dos pressupostos liberais da igualdade, da autonomia e da força obrigatória das convenções –, foi introduzido no domínio da Administração Pública por obra da jurisprudência do Conselho de Estado francês – e posteriormente pela doutrina desse mesmo país –, que não poupou esforços para reconhecer e afirmar a sua substancial especialidade em relação aos contratos civis. Os ajustes firmados entre o Poder Público e os particulares não poderiam ser reguladas do mesmo modo e sob os mesmos princípios informadores de qualquer contrato firmado entre sujeitos privados, devido à relevância pública das funções estatais. Foi preciso criar um instrumento regulado por um regime especial, capaz de garantir o cumprimento de seu objeto em condições satisfatórias para a coletividade.

Enquanto meio de afirmação da especialidade do próprio Direito Administrativo – erigido sobre as bases da imperatividade e da supremacia do interesse público –, foi preciso distinguir os contratos considerados “administrativos”, de um lado, sujeitos a regras especiais de Direito Administrativo e submetidos aos Tribunais Administrativos, e os contratos civis, de outro, sujeitos ao regime do Direito privado e à competência dos Tribunais comuns. Fez-se necessário estabelecer critérios seguros para diferenciar os contratos administrativos, a fim de destacar-lhes as especificidades e reconhecer-lhes particularidades não identificáveis em outras espécies de ajustes. Os mais importantes critérios utilizados pela jurisprudência e pela doutrina francesas para apartar os contratos considerados “administrativos” e os contratos que, a despeito de serem também celebrados pela Administração, continuariam regidos pelo Direito Privado, foram os critérios das cláusulas exorbitantes e do serviço público. A presença de apenas um desses critérios foi capaz de dotar o contrato de um regime jurídico peculiar, especialmente voltado à proteção do interesse público consubstanciado no objeto do ajuste firmado pela Administração: o chamado regime jurídico dos contratos administrativos, cujo caráter especial decorria diretamente da necessária posição de supremacia ocupada pela Administração quando contrata com particulares.

O regime jurídico do contrato administrativo foi marcado pela presença de cláusulas exorbitantes, consideradas com o sentido próprio de normas jurídico-públicas incidentes sobre qualquer contrato que seja considerado “administrativo”. As cláusulas exorbitantes foram capazes de legitimar o desequilíbrio da relação contratual em favor da Administração, outorgando-lhe poderes implícitos de agir unilateralmente sobre as condições contratuais para alterar, rescindir, intervir, fiscalizar e punir o particular. As cláusulas exorbitantes representaram, assim, o afastamento dos princípios contratuais da igualdade, da autonomia da vontade, da força obrigatória das convenções e do princípio da relatividade das convenções, pois no contrato administrativo tudo isso perde razão diante da força imperativa das prerrogativas públicas, em vista da necessidade de garantir a satisfação do interesse público consubstanciado no contrato.

A teoria do contrato administrativo de matriz francesa foi amplamente aceita no Brasil. A prevalência da teoria do contrato administrativo foi acompanhada do reconhecimento do regime jurídico exorbitante, dotado de prerrogativas de ação unilateral e autoexecutória para tutela do interesse público pela Administração. A doutrina, a jurisprudência e posteriormente as Leis brasileiras aceitaram amplamente a existência dos chamados contratos administrativos e a presença de prerrogativas de ação unilateral da Administração nessas espécies de ajustes, reconhecendo os principais elementos característicos provenientes da construção teórica dos contratos administrativos: o *jus variandi*, a possibilidade de rescisão unilateral por motivo de interesse público; os poderes de fiscalização, direção e sanção do contrato; e a intangibilidade da equação econômico-financeira. O regime legal vigente foi ainda mais abrangente do que a própria teoria e praticamente universalizou a aplicação do regime jurídico do contrato administrativo a todos os contratos de que a Administração participa (inclusive os de natureza privada), tornando esse regime um verdadeiro estatuto das contratações públicas no Brasil, aplicável pela mera presença da Administração como parte no contrato.

A rigidez do regime estatutário provocou como resultado uma considerável redução do princípio contratual do consenso (acordo de vontades) na teoria do contrato administrativo, principalmente pela presença de prerrogativas de ação unilateral implícitas em favor da Administração, que outorgaram à Administração a possibilidade de afastamento do conteúdo pactuado e a instabilização do vínculo por decisão unilateral, a depender das razões de

“interesse público” abstratamente externadas por ela. O consenso nos contratos administrativos ficou restrito, na maioria das vezes, ao momento da aceitação das cláusulas do contrato unilateralmente estabelecidas pela Administração, inexistindo verdadeiro acordo de vontades na formatação das condições do contrato ou na sua execução. A noção de prerrogativas implícitas foi capaz de traduzir o poder extroverso da Administração no campo dos contratos, a partir da premissa de que a Administração – e somente ela – tem o dever de tutelar o interesse público através do manejo da autoridade estatal.

Em que pese tal realidade, as transformações do Estado de Direito e da própria relação entre Estado e sociedade verificadas a partir da segunda metade do século XX colocaram à prova os dois pilares sobre os quais se assentaram o Direito Administrativo e a teoria clássica do contrato administrativo. Os pressupostos da Lei representativa da vontade geral e do interesse público único e exclusivo passaram a ser desafiados principalmente diante do alargamento do princípio da legalidade, que se afastou da noção de estrita legalidade para abranger um sentido de vinculação ao Direito, e pelo reconhecimento da multiplicidade de interesses públicos coexistentes no globalizado e complexo mundo contemporâneo.

Na visão pós-moderna do Direito Administrativo que se procurou demonstrar, a Administração Pública trouxe consigo uma substancial modificação na forma de definir o interesse público diante das situações concretas, na medida em que o Estado viu-se incapaz de tutelar sozinho os múltiplos interesses agora coexistentes na esfera pública. Revelou-se necessário, portanto, desprender-se das formas autoritárias de afirmação e proteção do interesse público para privilegiar a ponderação e a colaboração. O Direito Administrativo, inicialmente caracterizado pela nota autoritária, e orientado pelas ideias de legalidade estrita e unicidade do interesse público, aproximou-se dos cidadãos para reconhecer a importância da colaboração entre a Administração e os particulares na busca pela tutela do interesse público prevalecente em cada situação. Houve, com isso, uma democratização da Administração Pública, com a transição de um modo de atuação unilateral do Estado, que dispensava a participação direta dos cidadãos, para uma forma de atuação mais inclusiva, participativa e igualitária, baseada na concepção contemporânea de “democracia participativa”, que pressupõe o diálogo e a obtenção do consenso como formas eficientes de desenvolvimento das instituições e da própria sociedade.

A partir destas transformações, verificou-se uma profunda reconfiguração do modo de agir do Estado, baseada muito mais no diálogo, na negociação, no acordo, na cooperação e na colaboração, com a substituição do modo unilateral e imperativo por um modelo de atuação administrativa baseada no consenso e na flexibilidade. Trata-se da emergência da Administração-consensual, que marcou a evolução de um modelo centrado no ato administrativo unilateral para um modelo em que a atividade administrativa é movida e orientada pela noção ampla de “contrato”. A atuação administrativa consensual encerra tanto a maior participação cidadã no processo de decisão administrativa e de motivação dos atos administrativos, quanto a ampliação dos acordos de vontades envolvendo matérias tipicamente administrativas: a chamada *contratualização* do exercício da atividade administrativa, percebida no aumento do uso de instrumentos contratuais pela Administração e no privilégio do contrato em detrimento do ato administrativo unilateral.

A obtenção do consenso passou a ser vista, assim, como forma mais eficiente e mais democrática de alcance dos objetivos públicos, já que a adoção de uma medida por consenso, ao contrário de uma decisão unilateral e coercitivamente imposta aos destinatários, tem maiores chances de ser cumprida na prática. O novo modelo de Estado baseado na ideia de cooperação, de colaboração e de consenso foi capaz de elevar o particular de objeto da ação unilateral para **parceiro** da atividade administrativa. A partir destas constatações, foi possível extrair o sentido mais puro de consensualidade administrativa, revelado na ampliação da negociação entre Poder Público e os particulares, e cujo resultado foi o progressivo afastamento da imperatividade e da imposição unilateral e autoritária da vontade administrativa por uma valorização da participação dos administrados na formação da ação administrativa, pela via do contrato.

Tal noção de contrato foi baseada na ideia ampla de acordo, pacto, ajuste, capaz de vincular as partes – das quais uma é a Administração Pública –, que tem por objeto direto ou indireto o atendimento de uma função administrativa, e que se perfaz por uma adesão voluntária e consensual. A contratualização representou, assim, o modo preferencial de atingir os fins públicos no âmbito do chamado Estado-contratual, em detrimento das antigas práticas que privilegiavam a noção de autoridade e a imposição unilateral das decisões pelo Estado. O sentido da expressão sinalizou, portanto, um novo caminho, no qual a Administração pública

passou a privilegiar o acordo de vontades ao tradicional uso da prerrogativa de decidir unilateralmente.

No Brasil, a contratualização refletiu-se, basicamente: (i) na edição de leis que criaram novas figuras contratuais para o exercício das funções públicas; (ii) no maior recurso às técnicas contratuais baseadas na negociação em detrimento da atuação administrativa impositiva e unilateral; e (iii) na atenuação do regime de prerrogativas de ação unilateral próprio dos contratos administrativos clássicos. As manifestações da contratualidade administrativa foram evidenciadas a partir da análise abrangente do Direito positivo nacional, em diversos campos da atuação estatal, notadamente: (i) na prestação de serviços e utilidades públicos; (ii) na cooperação federativa; (iii) na desburocratização e na busca pela eficiência administrativa; (iv) na função de fomento; (v) na exploração de atividade econômica pelo Estado; (vi) na execução indireta de obras e serviços de engenharia; (vii) em funções de típica autoridade estatal; e ainda (viii) na resolução de litígios. A utilização dos contratos deixou, portanto, de se fazer presente apenas nas áreas em que a Administração se via na contingência de recorrer aos particulares para que estes lhe fornecessem bens e serviços, avançando em direção de áreas tradicionalmente subtraídas à via contratual, como no exercício do próprio poder administrativo. Embora a Administração continue, nesses casos, detentora do poder de decidir unilateralmente e de impor à outra parte a sua determinação, há uma preferência pela substituição do exercício dessa prerrogativa pelo consenso, como maneira mais eficiente de alcançar o interesse público.

Em todas estas dimensões, notou-se o substancial aumento da importância atribuída ao consenso no desempenho da atividade administrativa, se comparado ao papel ocupado pelo elemento consensual na teoria clássica do contrato administrativo, com significativa redução da imperatividade e da unilateralidade típicas dos contratos administrativos clássicos e maior transferência da produção normativa da lei para o acordo de vontades. Muitas vezes, a própria lei deu preferência a um regime mais flexível, que comporta variações e adaptações a serem elaboradas nos contratos a partir das peculiaridades do caso concreto. Foi precisamente nesta medida – de substituição da atuação unilateral pelo contrato – que se evidenciou a *contratualização administrativa* no Brasil, caracterizada pelo privilégio do consenso em detrimento da unilateralidade e da imposição.

A ampliação do recurso aos contratos revelou, por outro lado, o expressivo aumento da complexidade da matéria contratual ante a proliferação de instrumentos na prática administrativa. O reconhecimento da natureza contratual desses múltiplos ajustes agregou inegável complexidade ao fenômeno contratual da Administração na atualidade, mormente em razão da dúvida em torno do regime jurídico aplicável diante da diversidade de instrumentos e soluções possíveis. Fica cada vez mais difícil equiparar, em termos de regime jurídico, todas essas espécies de contratos para submetê-las ao mesmo regramento, às mesmas imposições, às mesmas prerrogativas de ação unilateral próprias do regime estatutário inerente à teoria clássica dos contratos administrativos.

Em que pese o apego de nossa doutrina, jurisprudência e direito positivo ao regime estatutário e inflexível do Estatuto Geral das Contratações Públicas vigente entre nós (Lei nº 8.666/93), que confere à Administração poderes de ação unilateral em praticamente todas as manifestações contratuais da Administração, a gritante diferença de propósitos e modalidades de ajustes fez evidenciar a insuficiência do regime estatutário para o plexo de instrumentos atuais. O tema dos contratos administrativos ganhou, nesse contexto, novos contornos diante da constatação de que o regime estatutário tornou-se insuficiente para disciplinar todas as variadas espécies de contratos dos quais a Administração participa. Houve, portanto, o reconhecimento da insuficiência da teoria clássica do contrato administrativo, considerada incapaz de explicar o fenômeno contratual da Administração contemporânea.

A passagem da Administração-autoridade para a Administração-consenso revelou, ainda, uma tendência à relativização do regime de exorbitância aplicável aos contratos, traduzida no abrandamento da utilização de atos unilaterais internos aos contratos administrativos. As prerrogativas de ação unilateral conferidas à Administração-contratante passaram a ser questionadas diante dos prejuízos que acarretam para a própria contratação e para o melhor atingimento do interesse público subjacente à contratação, e deixaram de ser vistas como um dogma imutável e inflexível, a ser aplicado a todo e qualquer contrato da Administração, independentemente do objeto; dos fins visados pela Administração com aquele contrato; ou da previsão expressa das cláusulas exorbitantes no corpo do contrato.

Nessa medida, a contratualização administrativa, com seus módulos contratuais mais equilibrados e horizontalizados em relação à posição assumida pelas partes e ao regime de prerrogativas, reposicionou o Poder Público em uma condição mais próxima do regime contratual de Direito privado, ou seja, de um regime que pressupõe a igualdade ao invés da supremacia. O reconhecimento da relativização da exorbitância resultou na “perda de identidade” da própria figura do contrato administrativo enquanto instrumento regido por cláusulas consideradas “exorbitantes” do Direito comum, aproximando-o, em termos de regime jurídico aplicável, dos chamados contratos privados da Administração, do que resultou constatação da aproximação, em termos de teoria que se pretenda aplicar, de todas as manifestações contratualizadas do agir administrativo.

A principal consequência da nova configuração da Administração contratual foi, portanto, a constatação da necessidade de uma reformulação abrangente da teoria geral do contrato administrativo no Direito Administrativo brasileiro. Diante da atenuação do caráter unilateral e impositivo do agir administrativo, que progressivamente se afastou da ação unilateral para utilizar o contrato como meio juridicamente mais eficaz e democrático de criação de situações jurídicas, o contrato administrativo contemporâneo mostrou-se agora bastante distinto de sua configuração original, especialmente em termos de regime jurídico. Ficou claro que a compreensão e finalidades desta diversificada gama de relações contratuais não podem mais ser apreendidas a partir das tradicionais concepções de contratos administrativos, especialmente diante da nova forma de administrar moldada a partir das exigências da Administração-consensual.

No caminho para esta reconstrução teórica, buscou-se sistematizar as linhas-mestras de uma renovada teoria que leve em consideração as transformações do Estado de Direito e do Direito Administrativo a partir da inclusão da consensualidade como princípio-vetor da atividade administrativa. A partir das premissas de transformação do Direito Administrativo, buscou-se oferecer – ainda que em caráter exclusivamente teórico e propositivo – alguns delineamentos de uma nova teoria geral que pretenda explicar o fenômeno contratual da Administração no contexto da Administração-consensual.

Em primeiro lugar, a emergência da consensualidade e o amplo reconhecimento do Estado brasileiro como Estado-consensual, somados ao alargamento do princípio da legalidade,

ofereceram fundamentos suficientes para considerar a conduta contratual como forma desejável e recomendada de agir para a Administração pública brasileira, do que decorreu o reconhecimento da ampla capacidade contratual da Administração para celebrar contratos atípicos e para substituir a emissão de atos unilaterais pela figura do contrato, independentemente de qualquer permissivo legal prévio. Inexistindo lei que proíba e atendida a finalidade pretendida pelo ordenamento, a Administração Pública brasileira goza, *a priori*, de ampla capacidade para atuar pela via contratual em qualquer campo da atividade estatal, independentemente de prévia conformação legislativa. Nesta medida, diante da eficiência administrativa e da redução da litigiosidade que a atuação pela via contratual pode trazer, falou-se em preferência do instrumento contratual em relação ao ato unilateral.

O segundo vetor da reformulação teórica consistiu na proposta de nova conformação jurídica da teoria geral da exorbitância aplicável aos contratos administrativos. Tida como a principal diretriz de uma nova teoria geral que se pretenda aplicar aos contratos da Administração, a flexibilidade do regime de prerrogativas exorbitantes da Administração afastou-se das concepções generalizantes dos poderes estatais para afirmar, em matéria de prerrogativas de ação unilateral nos contratos, que: (i) somente a lei ou a vontade das partes são capazes de dispor sobre as prerrogativas públicas, afastando a concepção de prerrogativas implícitas pela natureza do contrato ou por imperativo da supremacia do interesse público; e (ii) a lei deve conformar-se com a nova orientação teórica para, preferencialmente e nesta ordem: (a) conferir maior margem de liberdade às partes para decidir pela inclusão ou não das prerrogativas no contrato, mediante procedimento de obtenção do consenso, o que deverá ser feito sempre motivadamente por parte da Administração; (b) excepcionalmente, disciplinar as prerrogativas públicas incidentes sobre determinada espécie de contrato em função do seu objeto e finalidades, e não pela mera presença da Administração (o que será sempre problemático diante da dificuldade em normatizar sobre o interesse público a ser tutelado no caso concreto); e (c) garantir que, no silêncio da lei, presumam-se inexistentes as prerrogativas de ação unilateral em favor da Administração Pública, o que não impedirá que as partes estabeleçam os contornos de um regime exorbitante mediante a manifestação do livre consentimento. Tudo isso para permitir que alguns módulos contratuais sofram maior ou menor incidência do regime de prerrogativas, sempre na medida necessária para melhor resguardar e satisfazer o interesse público a ser prestigiado em cada situação concreta.

Com relação ao momento de aplicação, na prática, de uma prerrogativa autorizada pela lei e prevista no contrato, a reformulação teórica levou em consideração, também nesta etapa, a necessidade de introdução, em alguma medida, de técnicas consensuais na decisão a ser tomada pela Administração, seja garantindo a participação do contratado no momento do exercício da prerrogativa, seja mesmo procurando meios mais eficientes de ação administrativa através da alteração consensual do contrato (e não mediante simples imposição da decisão julgada pela Administração como a mais adequada), uma vez que a consensualidade demanda a necessidade de inclusão dos interessados no processo de formação da vontade estatal, valendo-se de seu parceiro para melhor consagrar o interesse público. No panorama da Administração-consensual, também neste momento de aplicação em concreto da cláusula exorbitante autorizada pela lei e prevista no contrato há que se preferir a adoção de soluções consensuais à imposição unilateral da vontade pela Administração, o que não significa suprimir a prerrogativa de agir unilateralmente em caso de não obtenção de consenso ou caso o resultado do consenso seja contrário à eficiência no melhor atendimento ao interesse público prevalecente em dada situação, mediante exaustiva motivação.

Ainda, a proposta de nova teoria não descurou de reconhecer a incapacidade da fórmula da discricionariedade administrativa de disciplinar e limitar a atividade contratual da Administração. Os impactos trazidos com a Administração-consensual para a teoria dos contratos administrativos desaconselharam o emprego da discricionariedade administrativa para limitar a margem de liberdade ou de disposição sobre a forma de melhor satisfação do interesse público pela via contratual. Diferentemente do ato unilateral, que por prescindir da participação do destinatário pode ser melhor conformado pela lei através da vinculação ou da discricionariedade, a utilização do contrato pressupõe o acordo de vontades e, portanto, maior margem de permeabilidade ao consenso, o que corresponde a algo além da mera discricionariedade do administrador. Por isso fazer mais sentido, no contexto da proposta de uma nova teoria geral que pretenda melhor explicar o fenômeno contratual da Administração sob o ponto de vista da formação da vontade administrativa, falar-se em “autonomia pública contratual”, associada a um campo da atividade administrativa em que há uma margem de liberdade menos conformada pelas normas legais (heteronomia) e mais direcionada pelas normas convencionais (autonomia).

No contexto da reconfiguração teórica, porém, a autonomia pública contratual não afasta a necessidade de limitação da atividade contratual da Administração à finalidade da ação administrativa e dos princípios que regem e orientam a atuação administrativa. Nesse sentido, foram identificadas e agrupadas algumas vinculações ao Direito público que a Administração deve sempre respeitar quando contrata, em cinco vertentes principais (sem prejuízo de outras delas decorrentes): (i) vinculação da Administração à Lei e aos princípios que orientam a ação administrativa; (ii) vinculação à finalidade de interesse público prevalecente na situação concreta; (iii) vinculação com regras e formalidades de contratação; (iv) observância de procedimentos administrativos de negociação e contratação; e (v) necessidade de sujeição de todo e qualquer contrato ao controle pelos órgãos legitimados.

A Administração, em qualquer caso, permanece vinculada à lei em sentido formal sempre que ela expressamente ditar o caminho, hipótese em que a sua capacidade e autonomia para contratar estarão, desde logo, conformadas pelo texto normativo. Até mesmo quando inexistente conformação legal do conteúdo ou do regime do contrato a ser firmado, a Administração deve sempre ficar vinculada ao bloco da legalidade em seu sentido amplo (de vinculação ao Direito), submetendo a sua atividade à plena observância dos princípios e ao fim de interesse público que encerra a própria finalidade da ação administrativa. Em que pese a dificuldade em se identificar o interesse público a ser prestigiado com o contrato administrativo ante a multiplicidade de demandas da Administração atual, bem como da crise da noção de supremacia do interesse público e de exclusividade do Estado na sua identificação diante do caso concreto, deve a Administração procurar delimitar o fim de interesse público a ser satisfeito pela via contratual – resultado da ponderação dos interesses públicos e privados – para, a partir daí, balizar a contratação e a negociação das condições contratuais.

Outra vinculação da atividade contratual da Administração com o direito público consistiu no reconhecimento da necessidade de observância de regras e formalidades próprias do direito administrativo, aplicáveis à generalidade dos contratos de que a Administração Pública participa pelo mero fato de figurar como parte no contrato, especialmente relativos a: (i) competência do agente para celebrar o contrato; (ii) prévia licitação para escolha do contratado; (iii) obediência à forma prescrita em lei; e (iv) publicidade. Além disso, vislumbrou-se como necessário o estabelecimento de parâmetros e regras de atuação para evitar

a má utilização das vias consensuais, e ao mesmo tempo possibilitar a efetiva participação dos interessados na formação da vontade estatal de contratar e do conteúdo do contrato administrativo a ser celebrado, mediante a fixação de regras procedimentais claras e objetivas, tanto para garantir transparência à atuação da Administração pela via contratual, quanto para melhor motivar a escolha ponderada pela adoção da via contratual em detrimento do ato unilateral (quando a opção do ato está ao alcance da Administração), ou ainda para permitir o melhor atendimento do interesse público a partir do diálogo e da composição de interesses com a outra parte no momento de formação do vínculo contratual.

O procedimento administrativo representou, nesse sentido, uma das garantias do princípio da legalidade, ao menos três etapas: (i) na fase “interna” de formação da vontade de contratar, que se inicia na tomada de decisão administrativa de contratar e se encerra na decisão sobre os requisitos formais necessários para a contratação e o conteúdo (cláusulas e condições) do contrato a ser firmado; (ii) no momento de formação do vínculo com a outra parte, que tem início no processo de escolha do co-contratante da Administração e finda-se com a formalização do instrumento contratual junto ao vencedor do certame; e (iii) no momento de execução do contrato administrativo celebrado, sempre quando houver necessidade de alteração das condições previamente definidas ou de terminação antecipada do vínculo convencional. Em todas estas etapas, foi possível notar a necessidade de previsão de regras procedimentais para subsidiar e fundamentar a atividade contratual da Administração.

A derradeira vinculação com o Direito público também aplicável a toda manifestação de contratualidade administrativa consistiu na necessidade de submissão de todo e qualquer contrato da Administração ao controle dos órgãos legitimados, controle este a ser exercido agora em vista dos objetivos e metas da atividade administrativa, de modo a permitir um controle com foco na eficiência e, principalmente, no respeito ao princípio da segurança jurídica, com a valorização da negociação e do resultado obtido com o consenso na estipulação das cláusulas e condições contratuais.

No contexto da nova teoria delineada, e diante de todas as transformações anunciadas no instituto do contrato administrativo no Brasil, questionou-se, por fim, o sentido de se manter a designação “contrato administrativo” para se referir a uma categoria de contratos distinta dos contratos privados. O reconhecimento da ampla capacidade contratual da Administração e da

autonomia pública contratual, somados à nova proposta de tratamento das prerrogativas de ação unilateral nos contratos, revelou a aproximação dos contratos da Administração com os contratos regidos pelo Direito comum, mormente em termos de maior flexibilidade na escolha pela via contratual e na fixação das condições e cláusulas contratuais, bem como no maior deslocamento da produção normativa da lei para a vontade manifestada consensualmente pelas partes.

Contudo, a nova orientação teórica não implicou no afastamento ou na negação das sensíveis diferenças existentes entre os contratos celebrados entre particulares e os contratos em que pelo menos uma das partes é a Administração. Os principais traços da nova teoria deixaram claro que a atividade contratual da Administração difere-se da atividade contratual dos privados basicamente (i) pela presença de vínculos com o Direito público, que limitam a autonomia pública contratual para contratar; e (ii) pela possibilidade de incidência de um regime de prerrogativas de ação unilateral tendente à assegurar o interesse público subjacente à contratação, sempre que houver prévia e expressa previsão em lei ou no próprio contrato. Foi justamente nessa medida que, afastando-se do seu conceito “clássico” ou “tradicional” erigido com a teoria dos contratos administrativos, afirmou-se ainda fazer sentido se falar em “contratos administrativos” para se referir a todos os contratos celebrados pela Administração, que são, em termos de teoria geral – e não necessariamente de regime jurídico ou de Direito aplicável –, substancialmente diferentes dos contratos celebrados entre os sujeitos privados.

BIBLIOGRAFIA

- ALFONSO, Luciano Parejo. *Los Actos Administrativos Consensuales en el Derecho Español*, in *Revista de Direito Constitucional & Administrativo*, nº 13, Belo Horizonte: Fórum, julho a setembro de 2003.
- ALMEIDA, Natália Silva Mazzutti; MELO, Luiz Carlos Figueira de. *A consensualidade como elemento do processo administrativo federal brasileiro. Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 75, out./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 11 set. 2013.
- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. com a colaboração de Pedro Machete e Lino Torgal. Coimbra: Almedina, 2011.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de; e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O serviço público e as suas crises*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A Consensualidade no Direito Administrativo: Acordos Regulatórios e Contratos Administrativos*. Boletim de Licitações e Contratos (BLC), pp. 827-840, ano XIX, n. 9, set. 2006.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de: *Descentralização Administrativa – sua evolução face às reformas à Constituição de 1988*. Tese aprovada por unanimidade no XXVI Congresso Nacional dos Procuradores do Estado – Goiás/2000, A & C, ano 3, nº 11, jan/fev/mar 2003.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. RTDP – Revista Trimestral de Direito Público, vol. 36, São Paulo: Malheiros, 2001.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Do Negócio Jurídico Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.
- ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. *Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito*. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). *O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*, Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- AREVALO, Manuel Clavero, e GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (orgs.). *El Derecho Público de Finales de Siglo*. Madrid, Fund. BBV/ Civitas, 1997.
- ÁVILA, Humberto. *Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*, In: SARMENTO, Daniel (org.), *Interesses Públicos ‘versus’ Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005 [1998], pp. 171-215.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *O contrato administrativo como categoria jurídica*. In: BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; e DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Contratações Públicas. Estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp. 115-131.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Vol. I, 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Contrato de direito público ou administrativo*. Revista de Direito Administrativo, v. 88, 1967.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Discrecionalidade e Controle Jurisdicional*. 2ª ed, 7ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Obra pública a custo zero: instrumentos jurídicos para realização de obras públicas a custo financeiro zero*. Revista Trimestral de Direito Público – RTDP, São Paulo, n. 3, p. 32-41, mar. 1993.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARDUSCO, Aldo. *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni: atti amministrativi e esercizio di diritto privato*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974.

BARROS, Sergio Resende de. *Liberdade e Contrato: a crise da licitação*. Piracicaba: Editora Unimep, 1995.

BARROS JUNIOR, Carlos S. de. *Contratos Administrativos*. São Paulo: Saraiva, 1986.

BARROSO, Luís Roberto. *A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 31-63.

BARROSO, Luis Roberto. *A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARROSO, Luiz Roberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico*. Boletim de Direito Administrativo 8/507-515. São Paulo, NDJ, agosto de 1997.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma Administração Pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BENVENUTI, Feliciano. *Funzione Amministrativa, Procedimento, Processo*. Rivista Trimestrale di Diritto Amministrativo, 1952.

BERÇAITS, Miguel Ángel. *Teoría General de los contratos administrativos*. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1980.

- BERNSTEIN, Marver H. *Regulation Business by Independent Commission*. Princeton, Princeton University Press, 1995.
- BERTHÉLEMY, Henry. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. 8ª ed. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1916.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BINENBOJM, Gustavo. *Agências Reguladoras, Legalidades e Direitos Fundamentais: Limites aos Poderes Normativo e Sancionatório da Anvisa na Regulação de Produtos Fumígenos*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 137-168, abr/jun. 2005.
- BONNARD, Roger. *Précis de droit administratif*, Paris: Librairie de la société du recueil J. B. Sirey, 1935.
- BORGES, Alice Gonzalez. *Temas de direito administrativo atual: estudos e pareceres*. v. 2. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- BORGES, Alice Gonzalez. *Considerações sobre o futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos*, Revista do Advogado nº 107, 2009, p. 16-24.
- BLACK, Julia. *Procedimentalizando a Regulação*, p. 141-203. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coordenador). Diogo R. COUTINHO, Jean Paul Cabral VEIGA DA ROCHA, Marina Mota PRADO, Rafael OLIVA (organizadores). *Regulação econômica e democracia. O debate europeu*. São Paulo: Singular, 2006.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. *Evolução do conceito de contrato administrativo*. Revista de Direito Público. v. 51-52, 1979.
- BREYER, Stephen. *Regulation and its Reform*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1982.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CAETANO, Marcello. *Estudos de Direito Administrativo*. Lisboa: Edições Ática, 1974.
- CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Tomo I. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1970.
- CAMPILONGO, Celso. *Direito e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- CÁRCOVA, Carlos María. *Estado Social de Derecho y Radicalidad Democrática*. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de (org). *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da constituição* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*, 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.
- CARVALHO E SOUSA, Guilherme. *A liberdade de contratar para a administração pública: a autonomia da vontade no contrato administrativo*. RDA – Revista de Direito Administrativo, Belo Horizonte, v. 260, maio/ago. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 26 set. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Consórcios Públicos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública: Comentários por Artigo*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Algunas Reflexiones sobre la Evolución y Vigencia Actual del Contrato Administrativo*. Interesse Público – IP. Belo Horizonte, n. 41, ano 9 Janeiro / Fevereiro 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 2 out. 2013.

CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Los contratos de La Administracion Pública. Contratos Administrativos: Régimen de pago y actualización*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1982.

CASSESE, Sabino. *Istituzioni di Diritto Amministrativo*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2006.

CASSESE, Sabino. *Dalle regole del gioco al gioco com le regole*. In: Lo Spazio Giuridico Globale. Roma: Laterza, 2006, p. 124-138.

CASSESE, Sabino. *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX ao XXI secolo*. Rivista Trimestale di Diritto Pubblico, n. 1, p. 35., 2002. Texto traduzido publicado na Revista Interesse Público – IP, Fórum: Belo Horizonte, ano 6, n. 24, mar./abr. 2004.

CASSESE, Sabino. *L'Arena Púbblica: Nuovi paradigmi per lo Stato*. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico. n. 3, Milano: 2001, p. 602-650.

CASSESE, Sabino. *Le basi del diritto amministrativo*. 6ª ed. Milano: Garzanti, 2000.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo: Teoria geral do direito administrativo – atos e contratos administrativos – responsabilidade do Estado*. Vol. 1, 3ª Edição. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955.

CHAUÍ, *Cultura e Democracia: o discurso competente e outras falas*. 11ª ed. São Paulo: Cortez, 2006.

CHEVALLIER, Jacques. *A governança e o direito*. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 129-146, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 17 set. 2013.

COUTO E SILVA, Almiro do. *Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas*. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 27, nº 57 (supl.), p. 181-208, 2004.

COUTO E SILVA, Almiro do. *Os princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo*. Revista da Procuradoria Geral do Estado, Porto Alegre, v. 18, n. 46, 1998.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Parcerias Público-Privadas: Relatos de algumas experiências internacionais*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2007.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Dos Contratos Administrativos*. 1ª Ed. 2ª Tir. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano*, 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

CRETELLA JÚNIOR, José. *As cláusulas “de privilégio” nos contratos administrativos*. Revista de Direito Público, n. 76, p. 11-27, out-dez 1985.

CROCHES, Rodrigo Gama, CAMPOS, Mariana Lemos de. *Processo administrativo disciplinar: suspensão do processo e consensualidade (Lei nº 8.112/90)*. Disponível em <http://www.cgu.gov.br/eventos/SDD/Painel>.

CUADROS, Oscar A. *El Estado y la legalidad convencional*. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 27 set. 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DALLARI, Adilson Abreu. *Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública*, In: Revista de Direito Público da Economia, vol. 9. Belo Horizonte: Fórum, jan/mar 2005.

DALLARI, Adilson de Abreu. *Concessões urbanísticas*. Revista Trimestral de Direito Público – RTDP, n. 37. São Paulo: Malheiros, 2002.

DALLARI, Adilson Abreu. *Arbitragem nas concessões de serviço público*. Revista de Informação Legislativa 128/63-67.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 32º ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. *Em busca do ato administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ainda existem os chamados contratos administrativos?* In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, e RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Da constitucionalização do Direito Administrativo: Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, e RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, e RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, e RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Contratos de gestão: contratualização do controle administrativo sobre a administração indireta e sobre as organizações sociais*. Revista da PGE, disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista2/artigo9.htm>

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Participação popular na Administração Pública*. In: Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, nº 1, 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Do Direito Privado na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 1989.

DUARTE, David. *A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Coimbra: Almedina, 2006.

DUGUIT, León. *Traité de Droit Constitutionnel*. 3ª ed. Tomo II. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, 1930.

EISEMANN, Charles. *Cours de Droit Administratif*, tomo II. 2ª ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983.

ENTERRÍA, Eduardo García de; e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Tradução Arnaldo Setti, colaboração Almudena Marín López e Elaine Alves Rodrigues. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La figura del contrato administrativo*. In RAP, nº 41, Madri, 1963. Disponível em: < <http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1963041099.PDF>>. Acesso em 10 Set 2013.

ESCOLA, Héctor Jorge. *Compêndio de Derecho Administrativo*. Volumen II. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990.

ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o direito privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública*. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2009.

ESTORNINHO, Maria João. *Réquiem pelo Contrato Administrativo*, Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

FERRAZ, Luciano. *Segurança Jurídica Positivada: Interpretação, Decadência e Prescritibilidade*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 22, junho, julho, agosto, 2010. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-22-JUNHO-2010-LUCIANO-FERRAZ.pdf>. Acesso em 01/10/2011.

FERRAZ, Luciano. *Consórcios Públicos: Ensaio Sobre a Constitucionalidade da Lei nº 11.107/2005*, In: PIRES, Maria Coeli Simões e BARBOSA, Maria Elisa Braz (coord.), *Consórcios Públicos: Instrumento do Federalismo Cooperativo*, Belo Horizonte, Fórum, 2008.

FERRAZ, Luciano. *Controle consensual da administração pública e suspensão do processo administrativo disciplinar (SUSPAD) - A experiência do município de Belo Horizonte*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 9, n. 44, jul./ago. 2007.

FERRAZ, Luciano. *Contrato administrativo – Possibilidade de retomada, prorrogação ou renovação do ajuste – Manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial – Atenção às exigências da Lei de responsabilidade fiscal*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 14, junho-agosto, 2002. Disponível na internet: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 23 de abril de 2013.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Natureza jurídica dos contratos administrativos. Renegociação das dívidas dos Estados-Membros da União e seus reflexos na execução da política orçamentária*. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Curitiba, n. 5, 2000.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Extinção dos contratos administrativos*, 2ª ed. Ver., ampl. E atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Contrato Administrativo: formalidades e requisitos*, Revista de Direito Público, São Paulo, ano 22, v. 90, p. 131-137, abr-jun 1989.

FLEINER, Fritz. *Les principes du Droit Administratif Allemand*. Traduction de Charles Eisenmann. Paris: Librairie Delagrave, 1933.

FONSECA, Tito Prates da. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 1977.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Contratos administrativos*. São Paulo: Saraiva, 1981.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1979.

FREEMAN, Jody. *The Private Role in Public Governance in New York University Law Review*. Vol. 75. 2000. Disponível em <http://www.heinonline.org>. Acesso em 20 de julho de 2013.

GAROFANO, Rafael Roque. *Segurança jurídica no exercício da função de controle: a prescrição das pretensões punitivas e ressarcitórias dos Tribunais de Contas*. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. P. 781-813.

GAROFANO, Rafael Roque. *Os contratos de parceria na perspectiva da Administração consensual: para uma (necessária) reformulação da teoria dos contratos administrativos*. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC. Coord. Marçal JUSTEN FILHO. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, n. 1, p. 307-343, jul-ago 2013.

GAROFANO, Rafael Roque; e VIEIRA, Livia Wanderley de Barros Maia. *Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI) e de Propostas Não Solicitadas (PNS): os riscos e os desafios da contratação na sequência de cooperação da iniciativa privada*. In: Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 2, p. 183-211, jul./dez. 2012.

GAROFANO, Rafael Roque. *Democracia administrativa no limiar do século XXI: a extensão da processualidade rumo à democratização da Administração Pública*. In: Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/site/>>. Acesso em out 2013.

GAROFANO, Rafael Roque. *Capitalismo e democracia na pós-modernidade: uma análise crítica da teoria democrática de Boaventura de Sousa Santos*. In: Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/site/>>. Acesso em out 2013.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*, 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GAUDIN, Jean-Pierre. *Gouverner par contrat: l'action publique en question*. Paris: Presses de Sciences Politiques, 1999.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *Estado e Contrato: supremacia do interesse público "versus" igualdade. Um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011.

GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*. 2ª ed. Vol. I e II. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1988.

GIANNINI, Massimo Severo. *Il Pubblico Potere*, Bolonha, 1986.

GIANNINI, Massimo Severo. *Istituzioni di Diritto Amministrativo*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1981.

GIDDENS, Anthony. *Política, Sociologia e Teoria Social*. São Paulo: UNESP, 1998.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 18ª ED. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998

GONÇALVES, Pedro. *Entidades Privadas com Poderes Públicos*. Coimbra: Almedina, 2005.

GONÇALVES, Pedro. *O Contrato Administrativo: uma instituição do direito administrativo do nosso tempo*. Coimbra: Almedina, 2004.

GONÇALVES, Pedro António P. Costa. *Regulação administrativa e contrato*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, jul./set. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 11 set. 2013.

GORDIJO, Agustín A. *Los Contratos Administrativos. Contratos Administrativos: Régimen de pago y actualización*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1982.

GRAU, Eros Roberto. *Atividade Econômica e Regulação*. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 3, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Arbitragem e contrato administrativo*. Revista Trimestral de Direito Público nº 32, p. 14-20, São Paulo: Malheiros, 2000.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Parcerias na Administração Pública*. In: FIGUEIREDO, Marcelo e PONTES FILHO, Valmir (Orgs). Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, p. 233-307, 2006.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *As Agências Reguladoras*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, número 6 –

maio/junho/julho de 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 20/10/2011.

GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. *A participação popular e a consensualidade na Administração Pública*. Boletim de Direito Administrativo, Ed. NDJ, ano XVIII, n. 2, p. 90-97.

GUERRA, Sérgio. *Discrecionariade administrativa – limitações da vinculação legalitária e propostas pós-positivistas*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *PPP – Parceria público-privada*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração unilateral do contrato administrativo: interpretação de dispositivos da Lei nº 8.666/93*. São Paulo: Malheiros, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria de sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, vols. I e II, 1997.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 10ª ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

HARTER, Philip J. *Negotiating Regulations: A cure for malaise*. In: Georgetown Law Journal. Vol. 71. 1982-1983. Disponível em <http://www.heinonline.org>. Acesso em 23 de agosto de 2013.

HAURIOU, Maurice. *Principios de Derecho Publico y Constitucional*, 2ª ed. Madrid: Reus, 1927.

HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de droit public general*. Paris: Recueil Sirey, 1921.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. In: Coleção Os Pensadores, São Paulo: Nova Cultural, 1988.

HOHMANN, Ana Carolina Cavalcanti. *O contrato de programa na Lei Federal n. 11.107/05: instrumento de cooperação interfederativa*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

HUPSEL, Edite. *Convênios Administrativos – Anotações*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 3, nº 31, julho de 2004.

JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1943.

JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*, 6 volumes, Trad. Julio N. San Millan Almargo, Buenos Aires: Depalma, 1948.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª Edição. São Paulo: Dialética, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 6ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito administrativo de espetáculo*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *As diversas configurações da concessão de serviço público*. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 95-135, jan./mar. 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de interesse público e a ‘personalização’ do direito administrativo*. *Revista Trimestral de Direito Público - RTDP* nº 26, São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 1ª ed. brasileira, Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

KIRKBY, Mark Bobela-Mota. *Contratos sobre o exercício de poderes públicos: o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral*. Coimbra Editora, 2011.

LAFERRIÈRE, E. *Traité de la jurisdiction administrative et des recours contentieux*. 2ª éd. Paris: Berger-Levrault et cie, 1896.

LAUBARDÈRE, André de. *Manual de Derecho Administrativo*. Ed. Temis Libreria: Bogotá, 1984.

LAUBARDÈRE, André de; MODERNE, Frank e DEVOLVÈ Pierre. *Traité des Contrats Administratifs*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983.

LAUBARDÈRE, André de. *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs III Tome*, Librairie Générale de Droit Et de Jurisprudence, 1956.

LOBEL, Orly. *The Renew Deal: the fall of regulation and the raise of governance in contemporary legal thought in Minnesota Law Review*, n. 89. 2004-2005. Disponível em <http://www.heinonline.org>. Acesso em 20 de julho de 2013.

LORA, Alejandro Huergo. *Los Contratos sobre los Actos y las Potestades Administrativas*. Madri: Civitas, 1998.

MACHETE, Pedro. *Estado de direito democrático e administração paritária*. Coimbra: Almedina, 2007.

MAINE, Henry Summer. *Ancient Law: Its connections with Early History of society and its relations to modern ideas*. Londres, 1906.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A bipolaridade do Direito Administrativo e sua superação*. No prelo.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A concessão como instituto do Direito Administrativo*. Tese apresentada ao concurso para provimento de cargo de professor titular. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini. *Locação de ativos*. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, mar./ago. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 27 set. 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, jan./mar. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 13 set. 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 57-71, out-dez. 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; e CYMBALISTA, Tatiana Matiello. *Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção*. RBDP, ano 8, n.º 31. Out/Dez. 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Do contrato administrativo à administração contratual*, in Revista do Advogado, volume 107, São Paulo: AASP, dezembro de 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Os grandes desafios do controle da Administração Pública*. In: MODESTO, Paulo (Coord.) *Nova organização administrativa brasileira: estudos sobre a proposta da Comissão de Especialistas constituída pelo Governo federal para reforma da organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Reajuste e revisão nas parcerias público-privadas: revisitando o risco nos contratos de delegação*, in SOUZA, Mariana Campos de (org.), *Parcerias Público-Privada: aspectos jurídicos relevantes*, São Paulo, Quartier Latin, 2008, pp. 53-85.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões de serviços públicos*. Boletim de Direito Administrativo – BDA, Editora NDJ, n.º 6, ano XXII, junho 2006, p. 645-654.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Limites à abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 4, Nov/dez 2005, jan 2006. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 13 de setembro de 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras - Instrumentos do Fortalecimento do Estado*. São Paulo: ABAR, 2003.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e LEITE, Fábio Barbalho. *Peculiaridades do Contrato de Arrendamento Portuário*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, p. 269-295, jan./mar. 2003.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Poder de sanção – órgão Regulador – ANEEL*. Parecer. Revista de Direito Administrativo – RDA, Vol. 221, p. 353-370, 2000.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural*. Revista de Direito Administrativo – RDA. São Paulo: Renovar, n. 223, jan./mar. 2001.

MARRARA, Thiago. *As cláusulas exorbitantes diante da contratualização administrativa*. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, mar./ago. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 26 set. 2013.

RETORTILLO, Sebastian. *Il diritto civile nella genesi del diritto amministrativo e dei suoi istituti*. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1959.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Contratos administrativos*. Revista Brasileira de Direito Público-RBDP. Belo Horizonte, n. 18, ano 5. Julho / Setembro 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 28 fev. 2013.

MARX, Karl. *Manifesto do Partido Comunista*. Karls Marx com Friedrich Engels. Tradução de Sueli Tomazzini Barros Cassal. Porto Alegre: L&PM, 2001.

MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

MATOS, Federico Nunes de. *O contrato administrativo como alternativa ao ato administrativo unilateral: breve análise jurídico-comparada*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 12, n. 138, p. 9-22, jun. 2013.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Autonomia decisória, discricionariedade administrativa e legitimidade da função reguladora do estado no debate jurídico brasileiro*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 3, m. 12, p. 169-195, out/dez. 2005.

MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15ª ed., München, 2004.

MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*, Tomo I, Parte General, Traducción directa del original francês de 1904, Buenos Aires: Depalma, 1982.

MEDAUAR, Odete. *Nota sobre a contratualização na atividade administrativa*. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 241-249, mar./ago. 2012.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MEDAUAR, Odete. *O florescimento de novas figuras contratuais*, in Revista do Advogado, volume 107, São Paulo: AASP, dezembro de 2009.

MEDAUAR, Odete. *Administração Pública: do ato ao processo*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coordenadores). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*, 2ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Consórcios públicos: comentários à lei 11.107/2005*. São Paulo: Del Rey, 2006.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MEDAUAR, Odete. *Convênios e Consórcios Administrativos*, in Boletim de Direito Administrativo - BDA, São Paulo, NDJ, agosto 1995, ano 11, nº 8.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 12ª e 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999 e 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e Pareceres de Direito Público*, volume IX, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Comissões Intermunicipais*, in Estudos e Pareceres de Direito Público, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. I, 1971.

MEILÁN GIL, José Luis. *Las prerrogativas de la administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión*. Revista de Administración Pública. n. 191, Madrid, mayo-agosto 2013.

MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; ROMANICHEN, Michelle Malaquias; ANDRADE, Auranda Blumenschein. *Processo administrativo antitruste e antidumping: estudo comparativo do aspecto consensual no exercício da função administrativa no acordo de leniência e no compromisso de preços*. Revista da Faculdade de Direito da UFG, v. 33, n. 2, p. 199-219, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.ufg.br/>>. Acesso em: 16 set 2013.

MENEGALE, José Guimarães. *Direito administrativo e ciência da administração*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro*. São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contratos Administrativos*. In: JABUR, Gilberto Haddad & PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge (coord.). *Direito dos Contratos II*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Mecanismos de Consenso no Direito Administrativo*, In: ARAGÃO, Alexandre Santos de & MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*, Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MODESTO, Paulo (Coord.) *Nova organização administrativa brasileira: estudos sobre a proposta da Comissão de Especialistas constituída pelo Governo federal para reforma da organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. *A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei nº 11.079/2004*. Tese de Doutorado: Universidade de São Paulo, 2009.

MOORE, Barrington. *As origens sociais da democracia e da ditadura*. Lisboa, Santos: Edições Cosmos / Livraria Martins Fontes, 1975.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de Droit Administratif*. 11ª éd. Paris: Montchrestien, 2009.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Poder Público, serviço público: crise e conciliação*. RDE: Revista de Direito do Estado, Ano 1, nº 4:387-401, out/dez 2006.

MOREIRA, Egon Bockmann. *A experiência das licitações para obras de infra-estrutura e a nova lei de Parcerias Público-Privadas*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e seus “vínculos contratuais” com o Estado*. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 6, n. 62, abr. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 9 set. 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 571-592.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Políticas Públicas e Parcerias: Juridicidade, Flexibilidade Negocial e Tipicidade na Administração Consensual*. BLC – Boletim de Licitações e Contratos, Ano XXI, nº 1 – Janeiro/2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novos institutos consensuais da ação administrativa*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 231, p. 129-156, jan-mar 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 35-53, out/dez. 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Arbitragem nos contratos administrativos*, RDA 209/81-90.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Arbitragem nos contratos administrativos*, Boletim de Direito Administrativo 13-10/627-676.

MOURA, Leonel. *Cultura e Democracia*. Lisboa, Fevereiro de 2001. Disponível em <http://www.lxxl.pt/babel/biblioteca/ciclo.html>. Acesso em 23/10/2012.

NOVIS, Mariana. *O regime jurídico da concessão urbanística*, Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OFFE, Claus. *Critérios de Racionalidade e Problemas Funcionais da Ação Político-Administrativa*. In: Problemas estruturais do Estado Capitalista. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 216-233.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *A Administração consensual como a nova face da Administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e*

instrumentos de ação. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito Administrativo democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 211-231.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de Gestão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Contrato de Gestão e Modernização da Administração Pública Brasileira*. Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, jul. 2005.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *A arbitragem e as Parcerias Público-Privadas*. Revista Trimestral de Direito Público nº 48/2004, São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pp. 210-232.

ORTEGA, Ricardo Rivero. *Administraciones Públicas y Derecho Privado*. Madri: Marcial Pons, 1998.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica*. Tiempo. In: ORTIZ, Gaspar Ariño (Org.) *Privatización y Liberalización de Servicios*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1999, pp. 19-35, p. 26.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública – o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2010.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PEDERSEN, William F. *Contracting with regulated for better regulations*. Administrative Law Review, vol. 53, 2001.

PÉQUIGNOT, Georges. *Théorie Générale du Contract Administratif*, Paris: A. Pédone, 1945.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. 3. *Contratos*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Da Reforma Administrativa Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviços públicos*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005.

PEREZ, Marcos Augusto. *A Administração Pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PIMENTA, Eduardo Goulart. *As Modalidades de Joint Ventures ou Parcerias Empresariais no Direito Brasileiro*, Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v.3 n.1/2 p. 312 jan./dez. 2006.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Parceria Público-Privada. Antigas e novas modalidades contratuais*. In: Revista de Direito Público da Economia, vol. 13, Belo Horizonte, Fórum, jan-mar 2006, pp. 175-198.

PONDÉ, Lafayette. *Estudos de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

PRISCO, Alex Vasconcellos. *Atuação da Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A.: Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA): gestão e risco no regime jurídico-regulatório dos consórcios constituídos no âmbito do sistema de partilha de produção*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 9-44, abr./jun. 2011.

RANELLETI, Oreste. *Principii di Diritto Amministrativo*, v. I. 4ª ed. Napoli: Luigi Pierro, 1912, p. 378.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. Revisão da Tradução: Álvaro de Vita. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000.

RENARD, Georges. *Cours élémentaire de droit public*, Paris: Recueil Sirey, 1922.

RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos*; 1ª ed., 2ª tir., São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

RICHER, Laurent. *Droit des contrats administratifs*, 3ª ed., Paris: L.G.D.J., 2002.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

RIVERO, Jean; e WALINE, Jean. *Droit Administratif*. 21ª éd. Paris: Dalloz, 2006.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Curso Avançado de Direito Civil, vol. 3: Contratos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

RODRIGUES, Ana Carolina; DAUD, Felipe Taufik. *O Estado como acionista minoritário*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 9-31, out./dez. 2012.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROMANO, Santi. *Principi di Diritto Amministrativo Italiano*. 3ª ed. Milano: Società Editrice Libreria, 1912.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du Contrat Social / Principes du Droit Politique*, edited by C.E. Vaughan, Manchester, 1947. Os pensadores. 17ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

SALLES, Carlos Alberto de. *A arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; Método: São Paulo, 2011, p. 29/57.

SARMENTO, Daniel. *Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos ‘versus’ Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro, Lumem Juris, 2005.

SCHAPIRO, Mario Gomes. *Novos parâmetros para a intervenção do Estado na Economia: persistência e dinâmica na atuação do BNDES em uma economia baseada no conhecimento*.

Tese de Doutorado apresentada no Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2009, p. 140.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *Contratos administrativos e contratos da Administração Pública: pertinência da diferenciação?*. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 177-186, set. 2012/fev. 2013.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *A noção de serviço público em regime de competição*. São Paulo, 2011, 309f. Tese de doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*. Madri: Marcial Pons/Instituto Nacional de Administración Pública, 2003.

SCHUMPETER, J.A. *Capitalism, Socialism and Democracy*. Nova Iorque; Londres: Harper & Brothers, 1942.

SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 13, n. 70, p. 221-251, nov./dez. 2011.

SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coleção teses. Coimbra: Almedina, 2003.

SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *Os princípios constitucionais da Administração Pública*. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *Estudos sobre a Constituição*. Lisboa: Livraria Petrony, 1979, p. 662 e ss.

SLATER, Don. *Cultura do consumo & modernidade*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Nobel, 2002.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O concurso público na formação do contrato administrativo*. Lisboa: LEX Edições Jurídicas, 1994.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Reconhecer para libertar: Os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *A Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. São Paulo: Cortez Editora, 2000.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SOUZA, Carlos Alberto Sobral de. *Da transação e da indisponibilidade do interesse público*. In: Fórum administrativo. vol. 8. Belo Horizonte: Fórum, out. 2001.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Participação pública nos processos decisórios das agências reguladoras: reflexões sobre o Direito brasileiro a partir da experiência norte-americana*.

Fórum Administrativo - Direito Público - FA, Belo Horizonte, ano 2, n.16, jun. 2002. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 13 set. 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Acordos substitutivos nas sanções regulatórias*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 16 set. 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari e CÂMARA, Jacintho Arruda. *O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos*. RDA - Revista de Direito Administrativo. Belo Horizonte, ano 2008, n. 248, maio/ago. 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *O devido processo administrativo na execução de termo de ajustamento de conduta*. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 115-120, abr./jun. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 16 set. 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Arbitragem e os contratos administrativos*, RDA 209/105-107.

TÁCITO, Caio. *Evolução histórica do Direito Administrativo*. Temas de Direito Público. V.1. Rio de Janeiro, Renovar, 1997.

TÁCITO, Caio. *Temas de direito público: (estudos e pareceres)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e seus princípios*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1999.

TORGAL, Lino; e FONSECA, Marisa Martins. *Contributo para um Regime de Contratação de Concessões de Obras e de Serviços Públicos na Sequência de Propostas não Solicitadas (Unsolicited Proposals)*. In: Estudos de Homenagem ao Professor Doutor José Manuel Sérvulo Correia, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

TOURINHO, Rita. *O ato de improbidade administrativa de pequeno potencial ofensivo e o compromisso de ajustamento*. In: Fórum administrativo. vol. 30. Belo Horizonte: Fórum. Ago. 2003.

URUGUAI, Visconde do (Paulino José Soares de Souza). *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Typog. Nacional, 1862.

VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010.

VEDEL, Georges; e DEVOLVÉ, Pierre. *Droit Administratif*. 12ª ed. Paris: PUF, 1958.

VIDAL NETO, Pedro. *Estado de Direito: Direitos Individuais e Direitos Sociais*. São Paulo: LTr, 1979.

VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro Setor e as Parcerias com a Administração Pública*. 2ª ed., revista e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; e WALD, Alexandre. *O Direito de Parceria e a Lei de Concessões*, 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 2004.

WALD, Arnoldo. *O direito de parceria e a nova Lei de concessões: análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

WALD, Arnoldo. *Novas tendências do direito administrativo: flexibilidade no mundo da incerteza*. Revista de Direito Administrativo., n. 202, out/dez, 1995.

WALINE, Marcel. *Droit Administratif*, 8ª éd. Paris, Sirey, 1959.

WELLISCH, Julya Sotto Mayor; SANTOS, Alexandre Pinheiro dos. *O termo de compromisso no âmbito do mercado de valores mobiliários. Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 53, jan./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 16 set. 2013.