

**Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia
Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho**

Coordenação:

*Carlos Bastide Horbach
Fernando Dias Menezes de Almeida
José Levi Mello do Amaral Júnior
Roger Stiefelmann Leal*

**Responsabilidade Civil do Estado
Desafios Contemporâneos**

Coordenação:

*Alexandre Dartanhan de Mello Guerra
José Manuel Fonseca Pires
Marcelo Benacchio*

**Limitações Administrativas à Liberdade e
Propriedade**

José Manuel Fonseca Pires

Plano de Desenvolvimento Básico no Brasil

Coordenação:

Carolina Mota

Concessão de Serviços Públicos

Novas Tendências

Antônio Carlos Cintra do Amaral

Direito Imobiliário Brasileiro:

Novas fronteiras na legalidade constitucional

Coordenação:

*Alexandre Dartanhan de Mello Guerra
Marcelo Benacchio*

Contratos de Parceria Público-Privada (PPP)

Risco e Incerteza

Roberto Luiz Zanchim

Regime Jurídico das Licenças

José Manuel Fonseca Pires

Parceria Público-Privada

Coordenação:

Patrícia Campos de Souza

Política da Legalidade e do Direito Brasileiro

Coordenação:

Wilson Leandro Mascaro

Intervenções do Estado

Coordenadores:

*José Manuel Fonseca Pires
Juricéia Zockun*

Estado de Direito Municipal – Volumes I e II

CONTRATO ADMINISTRATIVO

De todo modo, poder-se-ia, por exemplo, supondo um sentido mais usual que as palavras já possuam, sem desatender ao seu sentido técnico, chamar os módulos convencionais assim agrupados, respectivamente, de:

- a) de *módulos convencionais de cooperação* – expressão que ressalta a ideia de atuação conjunta para um mesmo fim;
- b) de *módulos convencionais de concessão* – expressão que conota transferência⁴⁷⁸;
- c) de *módulos convencionais instrumentais* – de modo a destacar seu aspecto instrumental em relação à finalidade da função pública.

SUBSEÇÃO 1 – MÓDULOS CONVENCIONAIS DE COOPERAÇÃO

72. **Módulos convencionais de cooperação.** São exemplos⁴⁷⁹ do que se está chamando genericamente de *módulos convencionais de cooperação*:

- (i) o *convênio* (em sentido amplo), a que se refere a Lei n. 8.666/93, aliás tratando-o em conjunto com “acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres”;
- (ii) o *consórcio*, também dito *consórcio administrativo*;

478 Em um sentido mais restrito, Marçal JUSTEN FILHO (2010:411), refere-se a *contratos de delegação a particulares do exercício de competências administrativas* para designar casos nos quais “o objeto da contratação é a atribuição de título jurídico para que um terceiro desempenhe funções tipicamente estatais, desencadeando relações jurídicas de direito público perante os administrados”; e acrescenta: “esses são os contratos de concessão de serviço público, especialmente”. Todavia, como será visto na sequência desta exposição, com a ideia de *módulos convencionais de concessão* se está pretendendo indicar categoria com sentido mais amplo, não apenas relativas ao “desempenho de funções tipicamente estatais” – é o que se passa, por exemplo, com casos de concessão de uso de bem público. Aliás, Marçal JUSTEN FILHO (2010:411) opõe os referidos *contratos de delegação de competência* a *contratos de colaboração*, estes implicando a imposição, às partes, da realização de prestações de dar ou fazer, exaurindo-se os direitos e obrigações produzidos pelo contrato no relacionamento direto entre as partes. Seriam exemplos de *contratos de colaboração*, segundo o autor, “as compras, os serviços, as obras e as alienações contratadas pela Administração Pública em face de particulares”. Esses contratos estão incluídos na categoria que a seguir se apresenta como *módulos convencionais instrumentais*. Todavia, são critérios diferentes de classificação. Com a ideia de *módulos convencionais instrumentais* se quis destacar sua função instrumental em relação às atividades-fim da Administração; e também é válida para eles a análise estrutural jurídica quanto ao exaurimento das obrigações contratuais no âmbito do relacionamento direto das partes. Entretanto, esse mesmo fenômeno de exaurimento das obrigações na relação direta das partes – por oposição ao caso em que as obrigações contratuais levam ao “desempenho de poderes de titularidade estatal em face de terceiros” (Marçal JUSTEN FILHO, 2010:420) – também se aplica a situações incluídas no que acima se disse *módulos convencionais de cooperação*.

479 Salvo indicação expressa, estão sendo tomados como exemplos figuras previstas no plano

- (iii) o *contrato de repasse*, mencionado no Decreto 6.170/07;
- (iv) o *convênio de cooperação*, tratado pelo art. 241 da Constituição federal;
- (v) o *contrato de gestão*, celebrado com organizações sociais (OS), nos termos da Lei n. 9.637/98;
- (vi) o *termo de parceria*, pactuado com as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP), previsto na Lei n. 9.790/99;
- (vii) o *consórcio público*, tratado pela Lei n. 11.107/05, bem como seu acessório *contrato de rateio*;
- (viii) o *contrato de programa*, de que cuida a Lei n. 11.107/05;
- (ix) a *sociedade e associação* de que o Estado participe;
- (x) diversas outras figuras, umas tipificadas em lei, outras sem tipificação precisa, que têm o sentido geral de *fomento* a atividades privadas.

Como proposto de início, é elemento essencial dessas figuras englobadas genericamente na noção de *módulos convencionais de cooperação* a identidade de fins a que visam os parceiros, de modo a não se identificar situação de prestações contrapostas.

Pela simples indicação dos exemplos acima, nota-se nessa matéria – como, de resto, voltar-se-á a observar quanto a outros módulos convencionais – uma deficiente sistematização legislativa.

Talvez fosse mais interessante que, salvo no caso das figuras que importam criação de pessoas jurídicas distintas⁴⁸⁰ – sociedades, associações e consórcios públicos –, a legislação desse um tratamento unificado às demais sob o rótulo bem conhecido de *convênio*, com margem para que, caso a caso, a Administração pudesse modelar detalhes do regime jurídico às situações concretas⁴⁸¹.

480 E que, na prática, já usam receber tratamento legislativo mais preciso, dadas as complexidades daí decorrentes.

481 O “Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal e Entes de Colaboração”, elaborado por comissão de juristas indicada pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, propõe (arts. 73 e seguintes) a figura do *contrato de colaboração*, como obrigatória para o estabelecimento de vínculo entre entidades estatais e entidades de colaboração (estas definidas como “pessoas jurídicas de direito privado não estatais, sem fins lucrativos, constituídas voluntariamente por particulares, que desenvolvam atividades de relevância pública, essenciais à coletividade, objeto de incentivo e fiscalização regular do Poder Público”). Como bem nota Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2010c:252), o *contrato de colaboração* é proposto no Anteprojeto como gênero, que comporta várias espécies, notadamente os já previstos legislativamente...

Tome-se o caso peculiar das OS e OSCIP. De fato, percebe-se que, tanto no caso do contrato de gestão com OS, como no caso de termos de parceria com OSCIP, a preocupação do legislador talvez tenha sido criar uma designação distintiva com a finalidade de se identificarem mais precisamente as nuances específicas do regime jurídico aplicável a cada qual⁴⁸². De todo modo, caberia questionar a necessidade da existência, como coisas distintas, de duas figuras tão próximas em seus propósitos⁴⁸³.

73. Convênio (em sentido amplo). Após essas observações gerais quanto ao grupo dos módulos convencionais de cooperação, proceda-se a alguns comentários pertinentes às suas espécies. Em primeiro lugar quanto aos *convênios*, em sentido amplo.

De plano, constata-se que a imprecisão de sua definição, em termos de Direito positivo, já é claramente admitida pelo próprio legislador, como decorre do texto do art. 116 da Lei n. 8.666/93, que se refere a “convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres”.

No Brasil, a clássica noção doutrinária de *convênio* via de regra é apresentada de modo a se marcar sua distinção em relação a *contrato*.

Sobre o tema, é referência a lição de Hely Lopes MEIRELLES (1993:354), segundo a qual “convênio é acordo, mas não é contrato”. Neste as partes têm “interesses diversos” e opostos; no convênio “os partícipes têm interesses comuns e coincidentes”. Daí decorre que “no convênio a posição jurídica dos signatários é uma só, idêntica para todos, podendo haver apenas diversificação na cooperação de cada um, segundo suas possibilidades, para a consecução do objetivo comum, desejado por todos”.

Sustenta ainda Hely Lopes MEIRELLES (1993:356) que *convênios* distinguem-se de *consórcios* na medida em que estes são acordos firmados

482 Marçal JUSTEN FILHO (2010:259), tratando dos termos de parceria com as OSCIP, afirma que “o conteúdo da figura não difere daquele denominado ‘contrato de gestão’ pela Lei n. 9.637. Não há dúvida acerca da idêntica natureza jurídica de ambas as figuras, inclusive no tocante a limites e impedimentos”.

483 Crítica que pode ser estendida a outras figuras ainda, que serão mencionadas nos tópicos seguintes. São pertinentes as considerações de Rodrigo Pagani de SOUZA (2009:312): “[O] direito vigente prevê, fundamentalmente, quatro tipos de ajustes por meio dos quais as parcerias do Poder Público com entidades do terceiro setor podem ser instrumentalizadas: os convênios, os contratos de repasse, os termos de parceria e os contratos de gestão. É fácil notar-se que esta multiplicidade de regimes de parceria serve ao mesmo propósito, sendo as redundâncias entre eles, de certa maneira, um dos problemas fundamentais do direito vigente. Trazem uma complexidade desnecessária ao direito positivo. Permitem o tratamento desigual de entidades que, fundamentalmente, encontram-se na mesma situação. Tornam difícil justifi-

entre entidades estatais *sempre da mesma espécie*, enquanto aqueles são celebrados entre pessoas jurídicas de espécies diferentes⁴⁸⁴.

Sobre esse ponto, de plano, há que se fazer uma ressalva, a fim de que não se reduza a questão a um problema terminológico.

Como visto, pode-se, seguindo o uso, ainda que impreciso, da linguagem jurídica no Brasil, empregar contrato como gênero⁴⁸⁵.

Mas a doutrina que distingue contrato administrativo de convênio não apresenta tal distinção como fundada na questão gênero *versus* espécie (tomando contrato como gênero e convênio como espécie). Está sim considerando contrato e convênio como espécies paralelas, destacando como diferença específica a existência de vontades ou interesses opostos *versus* vontades ou interesses comuns.

Ora, ainda que sem referência expressa, essa doutrina evoca o critério que alguns autores usam na distinção entre *contrato* e *união*. Todavia, centra sua atenção no aspecto da distinção que não leva a consequências jurídicas essenciais – a contraposição *versus* a convergência de interesses – e não se preocupa com o aspecto que, como se está sustentando nesta tese, conduz a resultados juridicamente relevantes – situação jurídica subjetiva *versus* situação jurídica objetiva.

Sobre esse aspecto, constata-se que usualmente os convênios praticados pela Administração dão margem a uma situação jurídica subjetiva de obrigações recíprocas entre as partes, em regra envolvendo prestação de serviços, buscando-se afastar o maior rigor legalmente previsto para a celebração de contratos (v.g., licitação) (Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA, 2008a:340).

Ou seja, o convênio é, no Brasil, no mais das vezes, instrumento para a criação de situação subjetiva – ainda que envolvendo interesses convergentes – e, nesse aspecto, merece receber o mesmo tratamento jurídico do contrato (no sentido estrito que lhe dá tradicionalmente a doutrina).

E não se trata de alguma espécie de uso desviado da figura. É do Direito positivo brasileiro que decorre essa constatação.

A Lei n. 8.666/93, por exemplo, em seu art. 116, trabalha com a lógica de haver um objeto a ser executado e metas a serem atingidas pelo “partícipe” que

484 Note-se que essas ideias foram afirmadas anteriormente à (Lei n. 11.107/05), que mais adiante será comentada.

recebe recursos da “entidade ou órgão repassador”, mediante cronograma de desembolsos, devendo este último fiscalizar regularmente a execução do ajuste e havendo procedimento final de prestação de contas por parte daquele.

Também a Lei n. 9.637/98, em matéria de contratos de gestão com OS, cria tipicamente um quadro de situação jurídica subjetiva, com definição de obrigações das partes em relação a atividades a serem realizadas, definidas mediante metas e prazos de execução.

E ainda outro exemplo decorre da Lei n. 9.790/99, quanto aos termos de parceria com as OSCIP, que prevê em seus dispositivos um regime muito similar, em linhas gerais, ao do contrato de gestão com as OS.

Todas essas situações são caracterizadoras de situações jurídicas subjetivas, nas quais as regras criadas aplicam-se individualmente às pessoas envolvidas, tendo um objeto concretamente definido, cuja execução conduz naturalmente ao encerramento da relação jurídica. Ou, na já citada formulação de DUGUIT⁴⁸⁶, 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”.

Reunindo os argumentos que a doutrina brasileira utiliza para distinguir convênios de contratos, Odete MEDAUAR (1995a:75/81) refuta-os: dá exemplos de situações em que interesses convergentes são objeto de contrato e em que interesses contrapostos são objeto de convênios; mostra que nem sempre a identificação de um resultado comum leva a um convênio; afasta a ideia de que convênio implica exercício de competências comuns, o que não se aplicaria ao caso de convênios com particulares; demonstra que muitas vezes, ainda que não se fale em preço, o repasse de verbas em um convênio tem o sentido remuneratório; lembra, com André de LAUBADÈRE, que a colaboração é insita a todo contrato; identifica o sentido de reciprocidade de obrigações nos convênios – para concluir, ante a amplificação do uso de “módulos contratuais ou convencionais”, “ser relevante conferir tratamento amplo à figura contratual, para abrigar fórmulas novas, adequadas a novo dinamismo e novos modos de agir da Administração. Nesse contexto se inserem os convênios e consórcios⁴⁸⁷ administrativos⁴⁸⁸”.

486 Ver tópico 23.

487 Note-se que o texto citado é de 1995, portanto anterior ao tratamento atualmente dado pelo Direito brasileiro aos consórcios públicos.

488 Em sentido contrário: Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2009a:230/232); Maria Garcia (1995:231/

Enfim, a distinção entre convênios e contratos não apenas não possui um fundamento relevante em termos de consequências jurídicas⁴⁸⁹, como pode levar a conclusões indesejáveis, sendo a principal delas a de que por se tratar de convênio não se aplicam as regras gerais em matéria de licitação.

Ora, na medida em que o convênio é meio para se estabelecerem situações subjetivas, por que não se valer, ainda que não estritamente das modalidades previstas na Lei n. 8.666/93, de instrumentos que permitam garantir a isonomia dos que pretendam relacionar-se com a Administração e, ao mesmo tempo, permitam a esta escolher uma melhor proposta⁴⁹⁰?

Mesmo se tratando de entidades sem fins lucrativos a se conveniarem, e também de situações em que a Administração não perceba benefício econômico, pode haver critérios técnicos para se avaliar comparativamente a qualidade de propostas de potenciais interessados em um convênio.

É certo que podem ocorrer casos de convênios que justifiquem, por suas peculiaridades, a contratação direta. Mas isso não afasta, como regra geral, a licitação⁴⁹¹.

Aliás, como fartamente se acompanha pelos noticiários, os convênios (ou figuras congêneres) com instituições privadas aparecem dentre as figuras mais citadas em matéria de instrumentos envolvidos em desvio de recursos públicos.

A propósito, defende Odete MEDAUAR (1995a:83) que “se a Administração quiser realizar convênio para resultado e finalidade que poderão ser alcançados por muitos particulares, deverá ser realizada licitação”. E prosse-

489 Não se nega a distinção entre convênios e diversas espécies de contratos, no mesmo sentido em que se está propondo, nesta tese, a distinção de diferentes categorias de módulos convencionais. A distinção específica entre, por exemplo, convênio e contrato de prestação de serviços existe, assim como existe distinção específica entre, por exemplo, contrato de concessão de serviço público e contrato de obra pública. O que se está negando é a exclusão da figura do convênio de um gênero convencional, ou contratual em sentido amplo.

490 Esse, por exemplo, parece ser o espírito do chamamento público, que se previu nos artigos 4º e 5º do Decreto n. 6.170/07, no tocante aos convênios em geral com entidades privadas – que, contudo, padece do mal de não ter sido afirmado como dever do administrador, mas como faculdade à sua disposição.

491 Admita-se que a questão pode ser vista por outro ângulo. Maria GARCIA (1995:232) argumenta, com razão, que se tratando “de acordos de cooperação, ou de colaboração, de unicidade e não de duplicidade, fica afastada a necessidade de licitação, de concorrência: ou porque a finalidade seja tão específica, direta e determinada que impossibilite a participação de outrem, ou porque a participação de outra pessoa não esteja vedada, em razão da finalidade do acordo, que permite outros partícipes no convênio”. Por certo, se se admitir, como pressuposto, que os convênios sejam sempre assim, pode-se entender que a contratação direta seja regra

gue: “se assim não for, haverá ensejo para burla⁴⁹², acobertada pela acepção muito ampla que se queira dar aos convênios”.

74. Consórcio administrativo. Como se percebe da definição anteriormente citada, de Hely Lopes MEIRELLES⁴⁹³, tradicionalmente a doutrina brasileira sustentava distinção entre *convênios* e *consórcios*, fundamentando-a na diversidade ou identidade, respectivamente, das entidades a se vincularem.

No entanto, com a criação legislativa da figura do *consórcio público* – à qual se vai voltar logo a seguir – perde sentido a distinção tradicional.

É preferível englobar sob a expressão *convênio* também os ditos *consórcios* (ou *consórcios administrativos*⁴⁹⁴), celebrados entre pessoas de mesma espécie (p. ex.: Municípios entre si), desde que não dêem origem a nova pessoa jurídica (nos termos do regime próprio dos *consórcios públicos*).

Atualmente, pois, a distinção de tipos convencionais pelo fato de darem origem, ou não, a nova pessoa jurídica – distinção que leva a *consórcios públicos* e *convênios* – é mais relevante do que a distinção pelo fato de ocorrerem entre pessoas de igual ou de diferente espécie⁴⁹⁵ – distinção que levaria a *consórcios* e *convênios* (no sentido tradicional).

75. Contrato de repasse. O Decreto federal n. 6.170/07, tratando genericamente dos convênios que envolvam repasse de recursos financeiros federais a entidades públicas estaduais ou municipais, ou a entidades privadas sem fins lucrativos, também criou uma denominação própria, em seu art. 1º, II, para o “instrumento administrativo por meio do qual a transferência dos recursos financeiros se processa por intermédio de instituição ou agente financeiro público federal, atuando como mandatário da União”. É o dito *contrato de repasse*.

Tentando compreender sistematicamente a previsão – fora a crítica sempre cabível à profusão, desnecessária, de designação por nomes próprios de figuras que não possuem nenhum traço distintivo essencial em relação a tantas outras – há que se concluir que se quis incluir no regime traçado pelo texto normativo aos

convênios também as situações em que a transferência de recursos financeiros se processa por entidade financeira pública, atuando em nome da União.

Afastar-se-ia assim a possível dúvida sobre eximirem-se de eventuais regras mais rigorosas quanto aos convênios as situações jurídicas decorrentes de repasses de recursos feitos por instituições financeiras (no caso, públicas federais).

De rigor, a essência de convênio também se faz presente nos contratos de repasse. Tanto assim que o próprio Decreto n. 6.170/07, em diversos de seus dispositivos, refere-se conjuntamente a “convênio ou contrato de repasse”⁴⁹⁶.

76. Convênio de cooperação. O Direito brasileiro, também dá tratamento constitucional ao convênio como instrumento de cooperação federativa.

Isso leva a doutrina, eventualmente, a destacar a figura do *convênio de cooperação*, a partir da nomenclatura adotada pelo art. 241 da Constituição federal vigente⁴⁹⁷. No entanto, a praxe da utilização de convênios nas relações interfederativas já data de décadas anteriores⁴⁹⁸.

A Lei n. 11.107/05 veio disciplinar a matéria prevista no art. 241 da Constituição de 1988, cuidando dos consórcios públicos, mas igualmente se referindo aos convênios de cooperação⁴⁹⁹.

Por força da previsão do referido art. 241 da Constituição federal, tanto consórcios públicos, como convênios de cooperação seriam modos de se operar a gestão associada de serviços públicos.

492 “Alguns casos ocorrem na prática, nos quais, a título de convênio (falso) obras são contratadas sem licitação e pessoas são investidas em funções ou empregos públicos sem concurso” (Odete MEDAUAR, 1995a:83).

493 Ver tópico anterior.

494 Como os chama Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2010a:342), para os distinguir dos *consórcios públicos*.

495 Se é que essa distinção algum dia foi relevante, em termos de consequências jurídicas. Aliás, há

496 Sobre o “termo de cooperação” a que se refere esse mesmo Decreto, ver nota de rodapé 673.

497 “Art. 241. 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”.

498 Já houve época em que a celebração de “convênções entre Estados membros” era vista como um “perigo para a federação”, como anota Themístocles Brandão CAVALCANTI (1955:320), ao registrar os comentários de Carlos MAXIMILIANO sobre a Constituição Federal de 1891, art. 65, 1º. Nos termos desse artigo, era facultado aos Estados “celebrar entre si ajustes e convênções sem caráter político”, sendo a posterior aprovação dessas convênções ato de competência privativa do Presidente da República, que ainda devia submetê-los “à autoridade do Congresso”, isto conforme o art. 48, 16. Sobre o tema dos convênios entre entes da federação visando à execução de suas competências materiais, ver Fernanda Dias Menezes de ALMEIDA (2010:117 e ss.) Referindo-se ao art. 241 da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional n. 19/98, José AFONSO DA SILVA (2005:483) aponta-o como “desnecessário, porque tudo o que nele se prevê poderá ser objeto da lei complementar indicada no art. 23, parágrafo único, da Constituição”. Especialmente em matéria de administração tributária a figura do convênio tem tradição constitucional, como se pode exemplificar com a Constituição de 1934, art. 6º, § 3º; com a Constituição de 1967, arts. 19 e 27; e com a Constituição de 1967, com o texto dado pela Emenda n. 1 de 1969, art. 23.

499 A figura dos consórcios públicos e dos convênios de cooperação também é mencionada na Lei

Todavia, a Lei n. 11.107/05 não traz regras mais detalhadas quanto aos convênios de cooperação. Sua menção apenas acompanha a de consórcios públicos quando se disciplina o contrato de programa⁵⁰⁰.

Ante a ausência de previsão legal, há que se entender que os convênios de cooperação seguem a disciplina dos convênios em geral, não devendo pautar-se pelas regras próprias dos consórcios públicos⁵⁰¹.

Exemplo de convênio para a cooperação entre entes federativos, visando à descentralização, encontra-se na Lei n. 9.277/96, em matéria de rodovias e portos federais. Note-se que essa Lei não se refere a “convênios de cooperação”, com o nome próprio da figura prevista no art. 241 da Constituição Federal, até porque a Lei é anterior à inserção do texto em questão na Constituição, o que se deu com a Emenda n. 19, de 1998. Mas é perfeitamente sustentável que os entes federativos pudessem celebrar convênios em matéria de cooperação federativa, na vigência da atual Constituição, porém antes de 1998⁵⁰².

77. Contrato de gestão (com organizações sociais). Ainda que sem a denominação de convênios, entendeu-se por bem no Direito brasileiro criar uma figura que, a despeito de comungar da mesma essência⁵⁰³, foi dita *contrato de gestão*⁵⁰⁴.

A lógica da criação da figura jurídica das *organizações sociais* (OS), com as quais o Poder Público celebra os *contratos de gestão*, nos termos da Lei n.

500 “Observe-se [...] que é aí, na temática do contrato de programa, que aparece o *convênio de cooperação*, como Pilatos no Credo” (Alice Gonzalez BORGES, 2005:243). Sobre contrato de programa, ver tópico 80. Vera MONTEIRO (2010b:156) entende que *convênio de cooperação* e *consórcio público* têm a mesma função – definir como se dará a gestão associada de certo serviço –, sendo mutuamente excludentes; acrescenta ainda que “a única diferença que pode ser apontada é a de que quem recebe as competências não é outro ente da federação [no caso do consórcio], mas o consórcio público”.

501 Odete MEDAUAR e Gustavo Justino de OLIVEIRA (2006:109) criticam essa opção do legislador entendendo que o modelo do consórcio público é mais apto para gerar segurança entre os partícipes.

502 Aliás, exemplo de tratamento legislativo genérico do uso do convênio como instrumento de cooperação federativa descentralizada já se encontrava no Decreto-Lei n. 200/67, art. 10, § 1º, “b”.

503 Sobre a proximidade entre convênio e contrato de gestão, ver Marçal JUSTEN FILHO (2010:257). Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (1998:44) preferiria a denominação *acordos de programa* em lugar de contratos de gestão, que significariam “pactos em que dois ou mais sujeitos públicos podem livremente dispor sobre normas de atribuição de poder, ou seja, sobre competência”; de todo modo, condena o uso da expressão *contrato*, vez que associa *contrato* à existência de “prestações recíprocas envolvidas ou interesses antagônicos a serem compostos”.

504 O tema tem recebido atenção de diversos estudos acerca do movimento que governamentalmente se denominou *reforma do Estado* no Brasil, em fins da década de 1990. Especificamente sobre o tema de contratos de gestão ver, entre outros, Jessé Torres PEREIRA JÚNIOR e Marinês

9.637/98⁵⁰⁵ é a mesma que presidiu a reforma administrativa que se pretendeu produzir mediante a Emenda Constitucional n. 19/98⁵⁰⁶.

A partir das observações de Luiz Carlos BRESSER PEREIRA (2002:246/250), pode-se dizer que a iniciativa legislativa do Governo Federal, naquele momento era criar uma alternativa em relação a, de um lado, o “estatismo, que pretende tudo realizar diretamente pelo Estado” e, de outro, “a privatização, pela qual se pretende tudo reduzir à lógica do mercado e do lucro privatizado”.

Com isso, pretendia-se abrir espaço para um campo “público”, mas “não estatal” (Luiz Carlos BRESSER PEREIRA, 2002:235 e segs.), em que fossem desempenhadas, com gestão e (suposta) eficiência privadas e mediante recursos e diretrizes públicos, atividades não exclusivas do Estado, que antes fossem por ele desempenhadas.

Chamou-se esse processo de “publicização”. De rigor, todavia, o sentimento político dominante percebeu esse movimento rumo a um regime híbrido antes como uma mitigação do aspecto *público* relativo à atuação estatal (portanto *privatização*), do que como uma mitigação do aspecto *privado* relativo à atuação da entidade privada a ser contratada (o que seria *publicização*)⁵⁰⁷.

Já se apontou ter o contrato de gestão a mesma essência do convênio em geral: a conjunção de esforços de distintas pessoas para a consecução de um fim comum, no caso consistente na execução de uma atividade não exclusiva do Estado que ele quer ver desempenhada (e que, via de regra, vinha ele próprio desempenhando) e que também se faz presente no objeto social de uma entidade privada sem fins lucrativos (associação ou fundação).

505 Como será visto mais adiante, a doutrina brasileira tem usado a mesma expressão “contrato de gestão” para se referir à figura prevista no art. 37, § 8º, da Constituição Federal – em que pese o texto constitucional não a empregue. De todo modo, ressalte-se desde já que é substancialmente distinto do contrato de gestão que se celebra com as organizações sociais.

506 A qual, segundo análise de Elival da Silva RAMOS (2001:15), não configurou efetiva reforma estrutural: por um lado, cuidou de aspectos que não necessitavam, de rigor, alteração constitucional; por outro, centrou atenção, na prática, em pontos que dizem mais com finanças públicas (como a questão de gastos com pessoal). Maria GARCIA (2008:99), apontando como “alarmante” o que “se verifica relativamente ao conteúdo de várias das emendas constitucionais” – “algumas nitidamente desconstrutivas do sistema original e, o que é mais grave, decorrentes de motivação infundada para ensejar emenda constitucional” – inclui dentre exemplos pertinentes a esse fenômeno a “reforma administrativa”.

507 Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2010a:498) diz não haver dúvida que se trate de “um dos muitos instrumentos de *privatização* de que o Governo vem se utilizando para diminuir o tamanho do aparelhamento da Administração Pública”. Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (2010:239) trata a ideia de publicização, aqui aplicada, como “*privatização*” e formula a seguinte crítica:

Entretanto, na dinâmica da realidade, muitas vezes, como nota Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2010a:498), as OS constituem-se *ad hoc*, vivendo “exclusivamente por conta do contrato de gestão com o poder público”. Isso porque a Lei n. 9.637/98 (arts. 12 a 14) prevê a possibilidade de destinação às OS de, além de recursos orçamentários, bens públicos e pessoal da Administração⁵⁰⁸.

Numa situação como essa, fica frustrado o sentido finalístico do convênio e, em lugar de uma real conjunção de esforços para um fim comum, existe uma verdadeira contraprestação por uma atividade exercida pela entidade privada, a qual, nesse caso, ainda que não busque o *lucro*, estará visando a outras modalidades de benefícios privados apropriáveis a partir de recursos públicos.

A propósito, aliás, é quase desprovido de sentido o critério – tantas vezes invocado na legislação e tão arraigado no senso comum dos gestores públicos e dos cidadãos em geral – da entidade “sem fins lucrativos”, para fins de uma contratação facilitada.

Segue-se aí a lógica de que lucrar é condenável, todavia é aceitável viver às custas do erário público, a um título qualquer que importe remuneração por atividades de (suposto) interesse público, desde que tecnicamente não seja “lucro”.

Ora, melhor seria atentar, não para o caráter com ou sem fins lucrativos de certa entidade a celebrar alguma espécie de convênio com o Estado, mas sim para o caráter de interesse público do objeto contratual em questão.

Não se está a afirmar que não possa haver OS que realmente comungue do mesmo fim a que visa a Administração, na celebração de um contato de gestão, ainda que tenha sido constituída ou qualificada por ocasião de certa oportunidade concreta de contratar. Quer-se, sim, chamar a atenção para a necessidade de que, na prática, identifiquem-se situações concretas em que se dê o uso distorcido do contrato de gestão, bem como dos convênios em geral.

Em matéria de contrato de gestão resta tênue a margem que separa as situações em que se aproxima de um *convênio*, das situações em que se aproxima de uma *concessão* (no caso, concessão administrativa)⁵⁰⁹.

É recomendável, em termos de política legislativa, que recebam tratamento distinto as situações de convênios (em sentido amplo) e as situações do que genericamente se está chamando “módulos convencionais de concessão”.

Isso porque há uma diferença essencial entre ambas e que se reflete na escolha do parceiro contratual: para um convênio, importa a identificação de um parceiro que comungue com a Administração, em dada circunstância de fato, a mesma finalidade a ser atingida, finalidade definida em torno de um objeto contratual especificamente individualizado.

Já para uma concessão – e o mesmo vale para outras categorias em que não se faça presente a comunhão de finalidades dos interesses contratualizados – a escolha da outra parte contratante deve recair sobre quem demonstre maior capacidade de realização do objeto contratual, em melhores condições para a Administração.

Não que a presença dessa capacidade seja prescindível nos convênios. Sua ausência, aliás, é talvez a maior causa de insucesso de muitas relações estabelecidas por meio de convênios. Apenas se quer sustentar que, logicamente, antes de se avaliar a capacidade, há que existir a coincidência de interesses.

Também grave é estabelecer-se, como regra, a ausência de licitação para a escolha das OS – e das OSCIP, a serem tratadas no tópico seguinte – com as quais a Administração celebrará contratos de gestão – ou termos de parceria (no caso das OSCIP)⁵¹⁰.

Quanto aos convênios em geral a interpretação do art. 116 da Lei n. 8.666/93 deveria levar à licitação sempre que “couber” – esta a expressão legal –, valorizando-se a norma constitucional que prevê a licitação como regra geral (art. 37, XXI). Esclareça-se, aliás, que o sentido constitucional de licitação não remete necessariamente às modalidades previstas na Lei n. 8.666/93 (acrescidas do pregão)⁵¹¹, mas a algum processo de escolha que vise a garantir a isonomia dos interessados em se relacionar com a Administração.

No mesmo sentido, quanto às OS e OSCIP, a ausência de previsão, nas leis específicas que tratam dessas figuras, de licitação para celebração, respec-

508 Pertinentes as críticas de Juarez FREITAS (1998:103/104): “Destarte, não se há de admitir que a ‘publicização’, ao contrário de induzir uma louvável complementariedade, venha a se converter numa ‘privatização assistida’, subsidiada ou auxiliada pelo Poder Público, com cedência de pessoal, permissão de uso de bens públicos e valores, a par da remessa dos servidores para quadros em extinção, sem maior justificativa à luz do interesse público. Por tudo, se se configurar o desvirtuamento, o modelo federal poderá ter produzido um modo extremamente afrontoso de

510 Ver, entre outros, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2010a:498), Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (2010:240). Em sentido contrário, José dos Santos CARVALHO FILHO (2010:278). Esse aspecto, aliás, é central na ação direta pela qual se está questionando a constitucionalidade da Lei n. 9.637/98 (ADI 1923, ainda em curso perante o Supremo Tribunal Federal, no momento em que se escreve esta tese).

tivamente, do contrato de gestão e do termo de parceria, não deveria levar à conclusão da não incidência da regra constitucional.

Para o afastamento da licitação em dada hipótese não basta simplesmente que haja decisão em lei – o que retiraria “envergadura constitucional” àquela regra⁵¹² –, devendo a lei valer-se de critérios conformes a parâmetros constitucionais, notadamente com respeito à isonomia e à defesa do interesse público. E, certamente, isentar de licitação qualquer OS ou OSCIP, pelo simples fato de ostentarem essa qualificação não é critério constitucionalmente válido.

78. Termo de parceria. Das considerações feitas nos tópicos anteriores, extrai-se a compreensão de que a figura – chamada de *termo de parceria* – criada para se aplicar à específica relação do Estado com as ditas organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP) possui, assim como os *contratos de gestão*, a mesma essência dos convênios em geral.

Valem, nesse sentido, as observações e ressalvas que foram feitas quanto aos contratos de gestão, no tocante ao contexto político da edição da Lei n. 9.790/99 e quanto aos riscos de desvirtuamento das finalidades de uma verdadeira relação de partes visando à conjunção de esforços para um mesmo fim⁵¹³.

Não obstante, podem ser apontadas duas principais nuanças a caracterizar especificidades do regime jurídico das OSCIP e do respectivo modo de relacionarem-se com a Administração.

Em primeiro lugar, a qualificação de uma entidade como OSCIP não necessariamente implica o estabelecimento de um vínculo jurídico com o Poder Público, como bem nota Marçal JUSTEN FILHO (2010:259). Ou seja, a celebração do *termo de parceria* é apenas uma possibilidade, nos termos do art. 9º da Lei n. 9.790/99, enquanto o *contrato de gestão* é tratado pela Lei n. 9.637/98, art. 2º, como inerente à qualificação de uma entidade como OS. Ademais, não se prevê a possibilidade de que, via *termo de parceria*, a uma OSCIP sejam destinados ou cedidos bens ou servidores públicos, como se passa com as OS (Lei n. 9.637/98, arts. 12 a 14).

Em segundo lugar, e como decorrência do que se vem de afirmar, a atividade desempenhada por uma OS tem mais identidade com uma ativi-

dade estatal (ainda que, conforme o caso, também seja livre à iniciativa privada) do que a atividade desempenhada por uma OSCIP. Aliás, o espectro de objetivos sociais legalmente arrolados para que um entidade se qualifique como OSCIP é muito mais amplo, nos termos do art. 3º da Lei n. 9.790/99. Daí pode-se afirmar, com Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2010a:500) que “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 ajuda do Estado” (grifos no original)⁵¹⁴.

79. Consórcio público e contrato de rateio. Outra figura contratual⁵¹⁵ possuidora da característica de gerar uma cooperação entre as partes é a do *consórcio público*.

Assim como os ditos *convênios de cooperação*, os *consórcios públicos* foram previstos no art. 241 da Constituição Federal como instrumento do federalismo cooperativo, ou seja, como instrumento para que os entes federativos desempenhem suas competências por meio de parcerias.

Inovando em relação ao tradicional uso da figura do *consórcio* pela Administração, bem como em relação ao seu tratamento pela doutrina, a Lei n. 11.107/05⁵¹⁶ criou uma figura cuja principal nota distintiva é ter por consequência a geração de nova pessoa jurídica.

Nesse sentido, o *consórcio público* distingue-se do tradicional *consórcio administrativo*, o qual, como já ponderado, com mais razão agora se vê identificado com o *convênio*⁵¹⁷.

Nos termos da Lei n. 11.107/05, a expressão *consórcio público* tem duas conotações: de um lado, é nome de um tipo contratual (como, p. ex., se vê no

512 Como pondera Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (2010:242).

513 Note-se que as críticas feitas no tópico anterior, particularmente quanto à ausência da licitação, como regra, para a escolha da entidade privada com quem será celebrado o termo de parceria, não são afastadas pela previsão da figura do *concurso de projetos*, no art. 23 do

514 Essa última ideia permite observar a relação do tema dos convênios com a atividade de fomento, como será observado mais adiante (ver tópico 82).

515 A propósito, Odete MEDAUAR e Gustavo Justino de OLIVEIRA (2006:46) ressaltam que a caracterização legal, feita pela Lei, do consórcio público como contrato “afasta a clássica contraposição entre contrato e consórcio, suscitada por grande parte da doutrina publicista brasileira”. Em avaliação bastante crítica da Lei, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2005:1) assim se manifesta: “A lei é, sob todos os aspectos, lamentável e não deveria ter sido promulgada nos termos em que o foi. Mais do que resolver problemas, ela os criou, seja sob o ponto de vista jurídico, seja sob o ponto de vista de sua aplicação prática. Algumas normas da lei são de difícil senão impossível aplicação”. Observando o tratamento contratual da figura do consórcio público, bem como da permissão de serviço público, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2007d:457) apresenta criticamente interessante constatação da consequência centralizadora, em termos federativos, desse movimento: vez que se consolidou o entendimento de que legislar sobre normas gerais de *contratos* administrativos é competência da União.

art. 2º, § 1º, II, ou no art. 5º); de outro, é nome do tipo de pessoa jurídica gerada pelo contrato (vide, p. ex., o previsto no art. 1º, § 1º, art. 3º ou art. 6º).

O consórcio público, nesse aspecto, aproxima-se da mesma lógica estrutural das sociedades ou associações, nas quais uma figura contratual dá origem a uma pessoa jurídica, o que lhe traz notas de objetividade na relação jurídica criada.

A propósito, aliás, estranha a opção do legislador por criar a possibilidade de escolha, dada aos entes consorciados, entre a criação de pessoa jurídica “de direito público” – que se diz *associação pública* – e de pessoa jurídica “de direito privado” (Lei n. 11.107/05, art. 1º, § 1º e art. 6º).

Quanto a esse ponto, registrem-se duas observações.

No tocante à previsão do consórcio público de Direito público – o que, até aí, seria natural se supor, dada a identidade estatal dos entes consorciados – imprópria parece a equiparação da *associação pública* à *autarquia*, nos termos da extravagante redação que se deu ao art. 41, IV, do Código Civil (por força do art. 16 da Lei n. 11.107/05).

Dizer “autarquias, inclusive as associações públicas” – ainda que se supere a imprecisão do termo “inclusive” – leva à inserção, no gênero *autarquias*, de espécie que traz característica específica ausente no gênero, qual seja, a origem convencional e associativa em lugar de – como seria próprio das autarquias – origem imediatamente legal e orgânica (aqui no sentido de órgão público fracionado do ente público centralizado)⁵¹⁸.

Já no tocante à previsão do consórcio público de Direito privado, como bem notam Odete MEDAUAR e Gustavo Justino de OLIVEIRA (2006:75/76), essa opção acaba reduzindo-se à figura da associação civil, que, ainda assim terá de seguir inúmeras regras de Direito público (Lei n. 11.107/05, art. 6º, § 2º).

Nem é o caso, por outro lado, de se cogitar, na prática, da criação de sociedades via consórcios, isto porque essa possibilidade já é facultada aos entes estatais por força de norma constitucional (art. 37, XIX), sem as dificuldades inerentes à constituição de um consórcio público⁵¹⁹. E, de rigor, já se

podia invocar o mesmo dispositivo constitucional para que entes estatais integrassem associação de direito privado.

De todo modo, o consórcio público não deve ser compreendido como a única forma de cooperação federativa, seja pela evidente previsão, no mesmo art. 241 da Constituição Federal, dos convênios de cooperação, seja pela faculdade constitucionalmente prevista aos entes federativos quanto à escolha da melhor forma (centralizada ou descentralizada) para o desempenho de suas competências constitucionais (art. 37, XIX e XX), o que pode levar à criação de empresas estatais.

Inclui-se no possível objeto dos *consórcios públicos* a gestão associada de serviços públicos; isso não impede, todavia, que também se entendam cabíveis atividades de competência dos entes federativos que não sejam propriamente serviços públicos.

Em tese, parece positiva a personificação do consórcio entre entes federativos, na medida em que se crie uma alternativa associativa em relação à constituição de sociedades. Pode-se, assim, admitir uma facilitação em relação ao modo pelo qual se operavam os *consórcios administrativos* despersonalizados.

Contudo, poderia ter o legislador optado por um regime mais simples, não passando por tantas etapas formais até a constituição do consórcio. Do modo como estabelecido o regime legal, na prática, resta frustrada a facilitação apontada em tese. Ou então caberia, como aponta Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2005:2), “criar-se uma comissão executiva que vai administrar o consórcio e assumir direitos e obrigações [...] em nome das pessoas jurídicas que compõem o consórcio”; ou admitir-se que um “líder do consórcio” crie autarquia ou fundação para gerir o consórcio e que se institua fundo com verbas dos partícipes.

Não sendo, no entanto, objetivo desta tese aprofundar a análise do regime jurídico específico de figuras convencionais individualmente tomadas, registre-se apenas mais uma crítica, esta no tocante à criação de um outro tipo contratual, acessório ao consórcio público. Trata-se do *contrato de rateio*⁵²⁰, previsto no art. 8º da Lei n. 11.107/05.

518 A propósito, registrem-se as críticas apresentadas por Odete MEDAUAR e Gustavo Justino de OLIVEIRA (2006:117/118), no sentido de: a) constitucionalidade duvidosa de uma autarquia interfederativa; b) ausência de justificativa plausível, quando se poderia simplesmente criar outro tipo de pessoa jurídica nos termos do art. 41, V, do Código Civil; c) possibilidade de o consórcio de direito privado atuar fora da Administração indireta; d) criação de certas prerrogativas à associação pública, inacessíveis aos consórcios públicos de direito privado.

519 Aliás, esse fato é lembrado por Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2010a:343) para criticar a

de personalidade jurídica), era a solução para a operacionalização desses consórcios. Outra visão crítica se tem em Alice Gonzalez BORGES (2008 e 2005), neste último narrando sua experiência de relatora na comissão que iniciou os trabalhos de elaboração de um anteprojeto para disciplinar o art. 241 da Constituição Federal.

Estabelece esse dispositivo que “os entes consorciados somente entregarão recursos ao consórcio público mediante contrato de rateio”. Como notam Odete MEDAUAR e Gustavo Justino de OLIVEIRA (2006:81), “a Lei Federal 11.107/2005 houve por bem separar as cláusulas e obrigações econômico-financeiras das cláusulas e obrigações atinentes aos contratos de consórcio público, reservando-as a um tipo específico de contrato, intitulado contrato de rateio”.

Pode-se entender o rigor que o legislador quis ter, no sentido de impor a necessidade de um tratamento detalhado e preciso da matéria financeira nos consórcios, de modo a evitar conflito entre os consorciados. Todavia, é difícil compreender a necessidade de que esse tratamento se dê por contrato distinto, não podendo tais cláusulas ser inseridas no próprio contrato de consórcio (art. 4º, § 3º). Nesse caso, parece que o legislador acredita que o acidente formal altere a substância da coisa.

80. Contrato de programa. Com a mesma perspectiva crítica pode-se abordar a figura do *contrato de programa*⁵²¹, igualmente introduzida no Direito brasileiro pela Lei n. 11.107/05⁵²².

Aliás, não é muito simples compreender o sentido que a Lei quis dar a essa espécie contratual⁵²³.

De um lado, deve ser essencialmente distinta da concessão de serviço público, vez que não há sentido em se cogitar que um ente federativo venha a ser concessionário de serviço público de outro ente (hipótese que restaria aplicável apenas em se tratando de ente da Administração indireta ser o concessionário)⁵²⁴. Nesse sentido, pouco clara a norma contida § 1º da Lei em questão, a qual deve ser entendida nos limites da aplicação *subsidiária* da legislação sobre concessão; e não como aplicação própria daquela legislação mediante interpretação extensiva.

521 Contrato de programa, no Direito brasileiro, tem um sentido específico diverso de figuras homônimas do direito estrangeiro (Odete MEDAUAR e Gustavo Justino de OLIVEIRA, 2006:101).

522 Maria Sylvania Zanella DI PIETRO (2009a:248) observa que no Direito administrativo brasileiro costuma-se usar a expressão “contrato de programa” no mesmo sentido em que se fala em “contrato de gestão”, com fundamento no art. 37, § 8º, da Constituição (ver tópico 105) – ou seja, não o contrato de gestão celebrado com as OS. Todavia, aponta que o sentido dado àquela expressão pela Lei n. 11.107/05 é diverso.

523 “Art. 13. Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos”.

De outro, no mesmo sentido do que já se comentou em relação ao *contrato de rateio*, a disciplina das obrigações decorrentes da gestão associada de serviços públicos, por força de consórcio público ou convênio de cooperação, pactuadas entre os entes da Federação envolvidos (ou entre ente da Federação e consórcio público; ou ainda entre pessoas da Administração indireta dos entes federativos consorciados ou conveniados – Lei n. 11.107/05, art. 13, *caput* e § 5º), poderia estar prevista no próprio consórcio público ou convênio de cooperação⁵²⁵.

81. Sociedade e associação. É constitucionalmente facultado aos entes federativos optar pela melhor maneira de desempenhar sua competência, fazendo-o centralizadamente, ou mediante a criação de distinta pessoa jurídica – o que dá origem, nos termos do Direito brasileiro, ao conceito de Administração indireta.

Dessas pessoas jurídicas que o Estado pode decidir criar (sempre com o envolvimento do legislador – Constituição Federal, art. 37, XIX⁵²⁶), têm natureza contratual as *sociedades*⁵²⁷, tanto as constituídas entre entes integrantes

525 Essa crítica, posta no plano da política legislativa, persiste mesmo ante o fato de a Lei n. 11.107/05 (art. 13, § 4º) prever que o *contrato de programa* subsista em face da extinção dos contratos (*consórcio público* ou *convênio de cooperação*) de que seja acessório. Seria o caso então de se disciplinar, no corpo daqueles outros contratos, o modo de extinção das obrigações assumidas no âmbito do que hoje se dá no *contrato de programa*. Note-se que o contrato de programa é mencionado pela Lei n. 11.445/07 – que trata das diretrizes nacionais para o saneamento básico – de modo reunido com o contrato de concessão (art. 11, § 2º: “Nos casos de serviços prestados mediante contratos de concessão ou de programa [...]”). E, para exemplificar a dificuldade de compreensão do sentido dessa figura contratual, cite-se o seguinte trecho extraído de documento intitulado “Cartilha do Saneamento Básico: Cooperação entre Estado e Município” (p. 8), publicado em 2009 pela Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo: “O que é um Contrato de Programa? O contrato de programa é o instrumento pelo qual um ente federativo transfere a outro a execução de serviços. No caso do saneamento básico, em que os serviços são comumente prestados por Companhias Estaduais (a Sabesp, em São Paulo), o contrato de programa é celebrado entre o Município e a Companhia). [...] O contrato de programa [...] assemelha-se aos contratos de concessão celebrados com empresas privadas [...]. Há duas principais distinções em relação ao contrato de concessão: primeira, o contrato de programa tem sempre como contratado um ente vinculado à Administração Direta ou Indireta [...]. Segunda, a celebração do contrato de programa não precisa ser precedida por licitação, em razão de uma previsão expressa nesse sentido na Lei de Licitações e Contratos (Lei n. 8.666/93)”. Ora, nenhuma dessas distinções se relaciona com a essência dos tipos contratuais. Resta a impressão de que, fora o sentido propagandístico de se criar nova figura, o principal objetivo na prática é enquadrar a contratação em hipótese de dispensa de licitação, o que, de todo modo, não dependeria da criação de novo tipo contratual.

526 Seja diretamente criando a autarquia, ou autorizando a criação de empresas ou fundações, ou ainda autorizando a participação em empresa privada, caso este em que não se está cogitando de Administração indireta.

527 As sociedades são genericamente tratadas no Direito brasileiro pelo Código Civil, art. 44 (e

da Administração (empresas públicas), como as que envolvem sócios minoritários privados (sociedades de economia mista). E, além de criar sociedades estatais, pode ainda o Estado integrar sociedade privada.

Trata-se de contrato no qual as partes conjugam esforços para alcançar um fim comum. Isso aliás, assim como nos consórcios públicos, resta tão nítido, que as partes, unindo-se com vistas a esse fim, chegam a dar origem a nova pessoa, cuja existência é especificamente voltada à sua consecução.

Em que pese, todavia, de longa data se admita no Brasil que o Estado seja parte em sociedades⁵²⁸, via de regra os livros sobre Direito administrativo não cuidam do tema das sociedades estatais nos capítulos próprios dos contratos celebrados pela Administração.

Isso certamente porque de plano já se afasta esse tipo contratual da lógica da teoria do contrato administrativo⁵²⁹.

As mesmas ponderações, em termos da natureza convencional, valem para as associações – de direito privado, além das já referidas associações públicas – que os entes estatais venham a integrar⁵³⁰. Essas associações, contudo, não figuram entre as entidades integrantes da Administração indireta.

Observe-se, ainda que não conte com expressa previsão no art. 37, XIX e XX, da Constituição Federal, é lícito que o Estado participe de *associação*, ou seja, entidade com fins não econômicos (nos termos do art. 53 do Código Civil).

Tanto sociedades como associações – lembrando aqui lições de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (2010:186) – possuem o mesmo substrato básico corporativo (associação de pessoas), assimilando-se entre si e distinguindo-se das pessoas com substrato básico fundacional (patrimônio personalizado, ou melhor, “a personificação de uma finalidade”).

As entidades estatais, enquanto pessoas jurídicas, podem juntar-se a outras pessoas para o fim de criar novas pessoas jurídicas. Por essa similitude de hipóteses, ainda que não textualmente mencionado nos incisos XIX e XX do

art. 37 da Constituição Federal, o caso da participação do Estado como membro de associação deve seguir as mesmas regras, em especial no tocante à autorização legislativa.

Isso porque parece ser o espírito da norma constitucional submeter ao controle do Poder Legislativo a assunção pelo Estado de compromissos e responsabilidades por meio de novas pessoas jurídicas⁵³¹.

82. Figuras voltadas ao fomento. É frequente, ao se tratar de instrumentos de cooperação, ou mais especificamente de convênios, que se invoque a noção de *fomento* enquanto atividade da Administração⁵³².

Classificar ou não a utilização de um módulo convencional como atividade de *fomento* por certo não alterará sua natureza convencional. Mas pode ser útil para definir-lhe certos aspectos de regime jurídico.

Isso porque há diferença, em termos finalísticos, entre o que é a busca, pela Administração, de cooperação para o desempenho de *suas* atividades, ainda que compartilhando a mesma finalidade com a outra parte contratante, e o que é o incentivo a que a outra parte contratante desenvolva atividade *dela*, mesmo que de interesse geral.

Neste último caso, a vinculação recíproca das partes, em termos do volume ou da complexidade de obrigações assumidas, via de regra será mais tênue; e, ao mesmo tempo, a Administração poderá agir de modo mais flexível, seja no momento de decidir abrir ou não certa linha de fomento, seja no momento de impor as regras do fomento.

Assim, afasta-se da noção de fomento a relação convencional que se estabelece por meio de alguns convênios, de consórcios (públicos ou administrativos), de contratos de gestão (com OS), de sociedades ou associações, pela qual a Administração efetivamente tem por fim o desempenho de atividade própria sua – fim esse, como visto, compartilhado pela outra parte contratante.

Por sua vez, seriam mais intensamente instrumentos de fomento os convênios que visem a incentivar atividades privadas, de interesse geral, mas que

528 Lembre-se, p. ex., que os Estatutos do Banco do Brasil, datados de 8 de outubro de 1808 e aprovados por Alvará do Príncipe D. João, de 12 de outubro de 1808, já deixavam claro em seu art. XXIV: “Os presentes Estatutos servirão do ato de união e sociedade entre os acionistas do banco e formarão a base do seu estabelecimento e responsabilidade para com o público”. Acionistas esses sobre os quais os mesmos Estatutos, no art. V, assim dispunham: “É indiferente serem ou não os acionistas nacionais ou estrangeiros; e portanto, toda e qualquer pessoa que quiser entrar para a formação deste corpo moral poderá fazê-lo sem exclusão alguma, ficando unicamente obrigada a responder pela sua entrada”.

529 Sobre o papel do Estado como acionista controlador, ver Mário Engler PINTO JÚNIOR (2010).

530 Exemplifique-se com as diversas associações de municípios existentes no País, como é o caso

531 Neste ponto, não se está cogitando das demais espécies de pessoas jurídicas arroladas no art. 44 do Código Civil: as *fundações* porque, ainda que o Estado as possa instituir, não envolvem ato constitutivo de natureza contratual; as *organizações religiosas e os partidos políticos*, porque incompatível a participação estatal em qualquer deles, dados os princípios constitucionais do pluripartidarismo e da separação entre Estado e igreja (Constituição Federal, arts. 17 e 19, I).

532 Que, segundo Odete MEDAUAR (2010:110), importa “estímulo a condutas e atuações de particulares, sem uso de mecanismos de coação”; ou nas palavras de Maria Svlvia Zanella DI

não caracterizem atividades a serem desempenhadas pela Administração⁵³³. Isso se passa mais propriamente com os termos de parceria (com OSCIP⁵³⁴).

Caracterizariam ainda fomento algumas sociedades em que o ente público ingressa como sócio com o sentido de, mediante aporte de capital, estimular a atividade empresarial privada⁵³⁵.

Lembre-se também da *cessão de uso de bens públicos*⁵³⁶. Maria Sylvania Zanella DI PIETRO (2010a:703) aponta o caráter contratual da cessão e a enquadra como espécie do gênero *concessão*. Todavia, mantém-se a referência a esta figura dentre os *módulos convencionais de cooperação* dada a preponderância do interesse privado no fim a que se visa, cooperando, no caso, a Administração com espírito de fomento⁵³⁷.

Além desses exemplos, há diversas outras figuras de fomento, sem tipificação precisa e cuja definição decorre, sobretudo, da prática de cada institui-

533 Note-se, por exemplo, que o Decreto n. 6.170/07, para fins de aplicação do regime que estabelece, define convênio tanto com referência à “execução de programa de governo”, como, genericamente, à “realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco” (art. 1º, § 1º, I).

534 A expressão *fomento* aparece na definição do termo de *parceria*, dada pelo art. 9º da Lei n. 9.790/99. Mas também é empregada na definição de *contrato de gestão*, pelo art. 5º da Lei n. 9.637/98. No entanto, se adotada a ideia acima exposta, de que as OS em regra desempenham atividade antes executada pela Administração (ainda que, conforme o caso, também se trate de atividade livre à iniciativa privada) e as OSCIP praticam atividade de natureza privada, faz sentido identificar em maior grau o *fomento* no caso dos termos de *parceria*, do que no caso dos *contratos de gestão*.

535 É o que faz, tipicamente, por exemplo, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), especialmente pelo BNDES Participações (BNDESPAR), o qual, nos termos do art. 4º, I, de seu Estatuto, tem incluído em seu objeto social “realizar operações visando a capitalização de empreendimentos controlados por grupos privados, observados os planos e políticas do BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL – BNDES”. No âmbito do Estado de São Paulo, é exemplo de fomento mediante o uso de sociedade, o previsto na Lei Complementar estadual n. 1.049/08 – dita Lei Paulista de Inovação Tecnológica – em seus artigos 21 e 22: “Art. 21. O Estado, suas autarquias, fundações e empresas por ele 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. [...] Art. 22 - O Estado, suas autarquias, fundações e empresas por ele controladas, direta ou indiretamente, poderão participar de sociedades cuja finalidade seja aportar capital (“seed capital”) em empresas que explorem criação desenvolvida no âmbito de ICTESP ou cuja finalidade seja aportar capital na própria ICTESP”. Note-se, que nesses casos, é legislativamente autorizada a participação societária não apenas de entes da Administração indireta, mas também do próprio Estado. Essa participação, nos termos do Decreto estadual n. 54.690/09, que regulamentou a citada Lei, deve ser minoritária (art. 9º).

536 Definida no Decreto-Lei n. 9.760/46, art. 64, § 3º, nos seguintes termos: “A cessão se fará quando interessar à União concretizar, com a permissão da utilização gratuita de imóvel seu, auxílio ou colaboração que entenda prestar” (e sujeita ainda às regras da Lei n. 9.636/98).

537 Para aprofundamentos sobre diversas concepções que a figura de *cessão de uso de bens públicos* pode assumir, veja-se, por exemplo, a obra de Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2010a:703).

ção⁵³⁸ (designados, por exemplo, por termos de cooperação, acordos de cooperação, termos de outorga, ou por expressões similares⁵³⁹, incluídos também contratos de financiamento⁵⁴⁰).

SUBSEÇÃO 2 – MÓDULOS CONVENCIONAIS DE CONCESSÃO

83. **Módulos convencionais de concessão.** São exemplos do que se está chamando genericamente de *módulos convencionais de concessão*:

- (i) a *concessão de serviços públicos*, precedida ou não da execução de obras públicas, em seu regime mais tradicional, prevista na Lei n. 8.987/95;
- (ii) a *permissão de serviços públicos*, tratada como contrato pela Lei n. 8.987/95;
- (iii) a *concessão patrocinada*, prevista pela Lei n. 11.079/04;
- (iv) a *concessão administrativa*, também prevista pela Lei n. 11.079/04;
- (v) a *concessão urbanística*, prevista em certas leis municipais;
- (vi) a *concessão de uso ou de exploração de bem público*, em seu sentido genérico, ou em aplicações específicas, conforme exemplificação a ser abaixo apresentada.

Este grupo dos *contratos de concessão* é aquele em que mais se evidencia um vetor de inovação e de ganho de complexidade nos módulos convencionais.

A complexidade é característica dos contratos de concessão, como ilustra Marçal JUSTEN FILHO (2003a:315), quando lembra que contêm eles regras sobre “a) condições da prestação do serviço; b) relacionamento entre poder concedente, concessionário e usuários; c) relacionamento entre poder concedente e usuários, de modo específico; d) relacionamento entre concessionário e usuários, de modo específico”.

538 Muito utilizados, por exemplo, por entidades públicas de fomento à pesquisa científica e tecnológica, ou à formação de pessoal em nível acadêmico, tais como Financiadora de Estudos e Projetos (FINEP), Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES); e no âmbito estadual, a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), além de outras Fundações análogas existentes em quase todos os outros Estados.

539 O CNPq, v. g., celebra “termo de concessão e aceitação de apoio financeiro a projeto de pesquisa científica e/ou tecnológica”; a FAPESP, “termo de outorga”.

540 Isso sem considerar os *protocolos de intenções*, muito comuns na prática da administração, aqui não incluídos por não possuírem o sentido jurídico de criação normativa, mas apenas o sentido político ou moral de declarar intenções, de modo não sancionável juridicamente.